

UiO • Det juridiske fakultet

Betydningen av empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse fra foreldrene i saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12

Kandidatnummer: 228

Leveringsfrist: 01.06.14

Antall ord: 36 623



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Barnevernet i samfunnet	3
1.3	Rettskilder og metode	4
1.3.1	Rettskilder	4
1.3.2	Metode	6
1.4	Saksbehandlingen i saker om omsorgsovertagelse	10
2	Gjeldende rett i saker om omsorgsovertagelse	
	11	
2.1	Prinsipper i barnevernretten	11
2.1.1	Det biologiske prinsipp	12
2.1.2	Det mildeste inngreps prinsipp	14
2.1.3	Legalitetsprinsippet	15
2.1.4	Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp	16
2.2	Det rettslige grunnlaget for omsorgsovertagelse	16
2.3	Forholdet til barnevernloven § 4-21	18
2.4	Grunnvilkåret for omsorgsovertagelse - barnevernloven § 4-12 første ledd	20
2.4.1	Bokstav a	23
2.4.2	Bokstav b	25
2.4.3	Bokstav c	26
2.4.4	Bokstav d	26
2.5	Omsorgsovertagelse må være nødvendig - § 4-12 annet ledd	27

2.6	Barnets beste	29
2.6.1	Barnets beste som vilkår for omsorgsovertagelse	29
2.6.2	Barnets beste som rettslig prinsipp	30
2.6.3	Barnets beste - legislativ begrunnelse	32
2.6.4	Noen sider ved innholdet i "barnets beste"	35
2.6.4.1	En objektiv vurdering av hva som er barnets beste	35
2.6.4.2	En rettslig standard i utvikling	36
2.6.4.3	Barnets egen mening	36
2.6.4.4	Barnets kortsiktige og langsiktige interesse	39
2.6.4.5	Sannsynlighets- og risikobetraktninger	41
2.7	Menneskerettslovens betydning for gjeldende rett i saker om omsorgsovertagelser	43
2.7.1	Menneskerettighetene som skranke for omsorgsovertagelse	43
2.7.2	Menneskerettslovens krav til beskyttelse av barnet	46
3	Betydningen av empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse fra foreldrene for gjeldende rett	47
3.1	Adskillelse i Høyesteretts praksis	47
3.2	Hva forarbeidene sier om konsekvensene av adskillelse og betydningen for barnets beste	56
3.3	Hva skal til for at empirisk kunnskap skal få betydning i omsorgssaker?	64
3.4	Hvilke konklusjoner kan man trekke av kunnskap om konsekvenser av adskillelse mellom barn og foreldre?	68

3.4.1	Noen faktorer som er med på å avgjøre hvor stor betydning empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse har	72
3.4.2	Barnets alder	72
3.4.3	Andre egenskaper ved barnet	74
3.4.4	Hva som skjer etter en omsorgsovertagelse	76
3.4.5	Forholdet til foreldrene	80
3.5	Fosterhjemsplassering hos barnets slektninger	81
3.5.1	Fosterhjemsplassering hos barnets biologiske forelder	85
3.5.2	Muligheten for plassering i barnets familie eller nære nettverk og betydningen for spørsmålet om omsorgsovertagelse	86
4	Fylkesnemndas praksis	86
4.1	Presentasjon av materialet	87
4.1.1	Forholdet til barnevernloven § 4-8 annet ledd første punktum	89
4.1.2	Kriterier for klassifisering av sakene	90
4.2	Foreldrenes anførsler	91
4.3	Fylkesnemndas drøftelse	93
4.3.1	Barnets beste i fylkesnemndas vedtak	93
4.3.2	Den vekt konsekvensene av adskillelse gis i fylkesnemndas drøftelse	95
4.3.3	Faktorer som påvirker hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har	99
4.4	Sammenstilling av foreldrenes anførsler og fylkesnemndas drøftelse	101
5	Oppsummering og vurdering	102
6	Registre	106

6.1	Litteraturregister	106
6.1.1	Bøker	106
6.1.2	Tidsskriftsartikler	106
6.1.3	Dokumenter fra internett	106
6.2	Lovgivning	107
6.2.1	Konvensjoner	107
6.2.2	Lover	107
6.2.3	Forskrifter	107
6.3	Offentlige dokumenter	107
6.3.1	Lovforarbeider	107
6.3.2	Andre offentlige dokumenter	108
6.4	Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen	108
6.5	Høyesterettsavgjørelser	108
6.6	Fylkesnemndsvedtak	110
6.6.1	Fylkesnemndsvedtak brukt i undersøkelsen, i kronologisk rekkefølge	110
6.6.2	Andre tilhenviste fylkesnemndsvedtak	113

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema

I denne oppgaven vil jeg se på hvilken betydning empirisk kunnskap om konsekvenser av å skille barn fra foreldrene har for saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12. En omsorgsovertagelse innebærer at barnet flyttes fra foreldrene (barnevernloven § 4-14 og 4-15), og at barneverntjenesten overtar den daglige omsorgen for barnet (§ 4-18).

Spørsmålet om barnevernet skal overta omsorgen for et barn, har en juridisk og en faktisk side. For at en omsorgsovertagelse skal kunne vedtas, må tre kumulative vilkår være til stede (barnevernloven § 4-12 og 4-1). For det første må ett av de fire alternative vilkårene i § 4-12 første ledd som alle omhandler nåtidig eller fremtidig alvorlig mangel ved den omsorgen barnet får, være til stede. I tillegg må omsorgsovertagelse være nødvendig og til barnets beste.

På den faktiske siden må man ta stilling til om det er til barnets beste at det offentlige ved barneverntjenesten overtar omsorgen. Mens det i en straffesak skal tas stilling til hva som faktisk har skjedd i fortiden, skal det i en omsorgssak tas stilling til om det i fremtiden er det beste for barnet å bo hos foreldrene eller om barneverntjenesten overtar omsorgen.

Som en del av prosessen med å finne ut hva som er barnets beste i en omsorgssak, gjøres det omfattende bruk av sakkyndige, og det er i de høyesteretts- og fylkesnemndsavgjørelser jeg har sett på, gjennomgående vist til de sakkyndiges vurderinger. Barnevernloven § 7-5 første ledd sier også at fylkesnemnda i den enkelte sak som hovedregel skal ha et fagkyndig medlem.

På barnevernets område vil spesielt kunnskap om psykologi være relevant. Sandberg (2003) s. 312 påpeker at det vanligvis ikke er tilstrekkelig for retten (eller fylkesnemnda) å få beskrevet de sakkyndiges observasjoner av foreldre og barn eller gjengitt samtalene de har hatt med dem. Observasjonene må settes inn i en sammenheng som gjør at de gir mening i forhold til bevistemaet. De sakkyndige må bruke sin fagkunnskap, psykologiens generelle erfaringssetninger, for å kunne si noe om ikke bare observerte fakta, men også årsakene til eller virkningene av de observerte fakta.

Betydningen av psykologisk kunnskap i en sak om omsorgsovertagelse innebærer at hvilken stilling man tar til uenighet mellom psykologifaglige retninger, kan få betydning for hva som bør bli utfallet av saken. For eksempel skriver både Sandberg (2003) s. 116 og Haugli (2000) s.171 flg. om to ulike retninger innen psykologien, behovsretningen og relasjonsretningen. I kapittel 3.3 vil jeg drøfte et eksempel på at hvilken stilling man tar til uenigheten mellom disse to retningene, kan ha betydning for hvilket vedtak det er riktig å fatte i en barnevernssak for fylkesnemnda.

Empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse fra foreldrene er ett eksempel på empirisk kunnskap som har relevans i barnevernssaker. I NOU 2012: 5 drøftes andre eksempler på empirisk kunnskap som er relevant i barnevernssammenheng. Raundalen-utvalget, som har utarbeidet NOU 2012: 5 legger spesielt vekt på betydningen av tilknytningsforskningen. I oppgaven har jeg valgt å konsentrere meg om betydningen av empirisk kunnskap om ett forhold som er relevant i barnevernssammenheng, betydningen av adskillelse fra foreldrene, for å spesialisere oppgaven mere enn om jeg skulle tatt for meg betydningen av empirisk kunnskap generelt i saker om omsorgsovertagelse.

Min innfallsvinkel til temaet er dels rettsdogmatisk, dels rettssosiologisk. Jeg vil for det første se på hvilken betydning empirisk kunnskap om virkninger av adskillelse har for innholdet i den rettslige standarden "barnets beste" i saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12. For det annet vil jeg se på hvorvidt kunnskap om virkninger av adskillelse mellom barn og foreldre blir tatt i betraktning i praksis.

Kunnskap om konsekvenser av adskillelse fra foreldrene kan anvendes på to måter. Man kan eksplisitt vise til generell empirisk kunnskap om temaet. Det går også an å drøfte mulige virkninger av en adskillelse fra foreldrene konkret uten nødvendigvis å vise til forskningsbasert kunnskap. I kapittel 3.1 kommer det frem at vi finner begge deler i Høyesteretts praksis.

Jeg har gjennomgått 25 høyesterettsavgjørelser og 91 fylkesnemndsvedtak fra årene 2012 og 2013. Etter barnevernloven § 4-12 tredje ledd skal et vedtak om omsorgsovertagelse fattes av fylkesnemnda. De høyesterettsavgjørelsene som jeg har vist til i avhandlingen, er oppført i

registeret. Hensikten med å gjennomgå høyesterettsavgjørelsene er å undersøke hva de sier om gjeldende rett, mens hensikten med å gjennomgå fylkesnemndsvedtakene er å se i hvilken grad konsekvensene av adskillelse blir drøftet i det forvaltningsorganet som behandler saker om omsorgsovertagelse i første instans.

For å si noe om hvilken betydning empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse fra foreldrene har for gjeldende rett, er det nødvendig å se på hva som er gjeldende rett i saker om omsorgsovertagelse. I kapittel 2 vil jeg gjøre rede for vilkårene for omsorgsovertagelse i norsk rett. I kapittel 3 ser jeg på hvilken betydning psykologisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse fra foreldrene har for gjeldende rett. I kapittel 4 ser jeg på i hvilken grad fylkesnemnda drøfter konsekvensene av adskillelse når fylkesnemnda skal ta stilling til barnevernets begjæring om omsorgsovertagelse.

1.2 Barnevernet i samfunnet

Inngrep i forholdet mellom foreldre og barn vil ofte være omstridt. Å flytte barn fra familien er et drastisk tiltak som bør forbeholdes alvorlige tilfeller. Samtidig kan det få alvorlige konsekvenser at barn blir værende i hjem hvor de utsettes for vanskjøtsel eller mishandling. Barnevernet er også blitt kritisert fra ulike hold både for å gripe inn for sjelden eller for sent, eller for å gripe inn med en for lav terskel eller ut fra en feilaktig vurdering i det enkelte tilfellet. Et sitat fra NOU 2012: 5 s. 33 kan sette ord på dilemmaer samfunnet står overfor i barnevernssaker:

"Barnevernets samfunnsoppdrag om å sikre at barnets behov for rett til beskyttelse er godt nok ivaretatt av dets nærmeste voksenpersoner, har dermed et preg av "damned if you do and damned if you don't"

Tall fra Statistisk sentralbyrå viser at antallet barneverntiltak har vært økende de siste årene:

Barn med barnevernstiltak i løpet av året

	2008	2009	2010	2011	2012
Hjelpetiltak	36 290	38 700	41 708	43 613	44 203

Omsorgstiltak	7 877	7 787	8 073	8 485	8 995
---------------	-------	-------	-------	-------	-------

Antall nye barn med barnevernstiltak i løpet av året har vært som følger:

2008	2009	2010	2011	2012
11 760	12 767	13 727	14 241	14 032

Sammenholdt med tall fra Statistisk sentralbyrå¹ som viser at antall levendefødte barn i Norge de siste årene har ligget rundt 60 000, viser det at en ikke ubetydelig andel av norske barn på ett eller annet tidspunkt mottar tiltak fra barnevernet. Av tiltakene er det hjelpetiltakene som dominerer. Andelen barn i alderen 0-17 med omsorgstiltak er ca 7 av 1 000.

6.7 Rettskilder og metode

6.7.1 Rettskilder

Rettskildene innen barnevernretten er de samme som innen jussen ellers, deriblant lover, høyesterettspraksis, forarbeider, reelle hensyn, forvaltningspraksis og internasjonale konvensjoner. Imidlertid kan rettskildenes vekt være noe forskjellig på ulike rettsområder. Rettskildene kan deles inn etter hvilke hensyn det er som gir dem legitimitet. Lover og forarbeider har legitimitet fordi de representerer lovgivers vilje. Rettspraksis og forvaltningspraksis ivaretar hensynet til forutberegnelighet, mens reelle hensyn ivaretar hensynet til rimelighet.

På et område hvor viktige rettssikkerhetsprinsipper kan tale både for og mot omsorgsovertagelse, taler meget for at reelle hensyn gis en forholdsvis sterk relativ vekt. Et slikt synspunkt har støtte i Rt. 1992 s. 242, nærmere omtalt i kapittel 2.1.3. Dommen kan tas til inntekt for at legalitetsprinsippet er relativt på barnevernrettens område på grunn av de sterke reelle hensyn som gjøre seg gjeldende. Reelle hensyn er dessuten gitt en fremtredende

¹ : www.ssb.no/fodte

plass i selve lovverket. Barnevernlovens § 4-1 første ledd² sier at det ved anvendelse av tiltak etter barnevernlovens kapittel 4, hvorav omsorgsovertagelse er ett virkemiddel, skal legges avgjørende vekt på barnets beste.

Menneskerettslovens § 3 sier at bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Blant konvensjonene nevnt i § 2 finner vi Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og Barnekonvensjonen, som begge har betydning i omsorgssaker, noe jeg vil komme tilbake til i kapittel 2.7. Etter Høyesteretts praksis, jf. Rt. 2000 s. 996, har også praksis ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen betydning som rettskilde på EMKs område.

Det er innen rettskildelæren omdiskutert hvilken plass juridisk teori har som rettskilde.³ Jeg vil i avhandlingen uansett vise til juridisk litteratur. Selv om man skulle mene at juridisk teori ikke er en autorativ rettskilde, kan synspunkter i litteraturen danne interessante utgangspunkter for videre drøfting. Som jeg vil komme tilbake til bl.a. i kapittel 3.4, har flere forfattere drøftet hvilken betydning generell empirisk kunnskap bør ha i barnevernssaker.

De rettskilder jeg har anvendt i avhandlingen, er barnevernloven med forarbeider, menneskerettsloven, høyesterettspraksis, praksis ved EMD, reelle hensyn, retningslinjer fra departementet og juridisk teori. Jeg har gått gjennom 25 høyesterettsdommer hvor Høyesterett har overprøvet omsorgsovertagelser. Høyesterettsavgjørelsene spenner over tidsrommet fra 1982 til 2006, da Høyesterett avsa den hittil siste dommen i en omsorgssak. De av høyesterettsdommene som jeg har omtalt nærmere, er oppført i registeret. Jeg har brukt fylkesnemndspraksis som en kilde, ikke til å finne innholdet i gjeldende rett, men som en kilde til hvordan omsorgssaker avgjøres i praksis.

I barnevernloven hjemles omsorgsovertagelse i lovens § 4-8 annet og tredje ledd og i § 4-12, som jeg vil konsentrere meg om i denne avhandlingen. I forarbeidene til barnevernloven

² Når jeg her viser til paragrafens *første ledd*, tar jeg utgangspunkt i bestemmelsen slik den er etter at en endring av bestemmelsen trer i kraft 1. juni 2014. Frem til 1. juni 2014 har § 4-1 bare ett ledd, jf. endringslov 63/2013.

³ Se Fleischer (1998) s. 223 og Andenæs (2009) s. 117

(Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 43) skriver departementet om forslaget til § 4-12 i barnevernloven at det er grunn til å tro at forslaget i seg selv ikke vil medføre noen vesentlig omlegging av praksis. Og i Rt. 1996 s. 1203 (på side 1207) skriver Høyesterett at rettsstilstanden vedrørende omsorgsovertagelse og om opphevelse av omsorgsovertagelse ikke ble endret i realiteten da barnevernloven 1992 erstattet barnevernloven av 1953. Rettspraksis etter barnevernloven av 1953 og forarbeidene til denne har derfor interesse som rettskilder. Disse forarbeidene og enkelte andre eldre forarbeider (NOU 1985: 18) er ikke tilgjengelige på Lovdata. Der hvor jeg har gjengitt fra disse forarbeidene, har jeg derfor henvist til hvor jeg har funnet dem gjengitt i litteraturen.

Barnevernloven har blitt revidert flere ganger siden vedtagelsen i 1992, og forarbeider til endringslovene har også interesse for å finne innholdet av gjeldende rett. I en særstilling står forarbeidene til lov nr. 63/2013, endringslov til barnevernloven. Disse forarbeidene, NOU 2012: 5, hvor Raundalen-utvalget blant annet drøfter hvorvidt terskelen for omsorgsovertagelse har vært for høy, og Prop. 106 L (2012–13) er meget sentrale når det gjelder betydningen av generell empirisk kunnskap i saker om omsorgsovertagelse.

De ulike endringene i bestemmelser i barnevernloven har trådt i kraft/trer i kraft på forskjellige tidspunkter. En endring i barnevernloven § 4-1 trer i kraft 1. juni 2014.⁴ De øvrige endringene i barnevernloven trådte i kraft henholdsvis 1. januar 2014 og 1. februar 2014. Barnevernlovens § 4-1 første ledd omhandler hensynet til barnets beste. At en omsorgsovertagelse er til barnets beste, er ett av vilkårene for at det skal kunne treffes vedtak om omsorgsovertagelse, og det er derfor nærliggende å gå ut fra at de deler av forarbeidene til endringslov 63/2013 som angår kriteriene for omsorgsovertagelse, må regnes som en kilde til gjeldende fra ikrafttreddelsen av ny § 4-1. I avhandlingen har jeg sett på 91 fylkesnemndsvedtak fra årene 2012 og 2013. Forarbeidene til endringsloven vil derfor ha betydning for gjeldende rett i omsorgssaker fra endringslovens ikrafttredelse, men ikke for gjeldende rett da disse fylkesnemndsvedtakene ble fattet.

6.7.2 Metode

Min metodiske tilnærming er todelt. Den metodiske tilnærmingen er dels rettsdogmatisk, dels

⁴ Fotnote til endringslov 63/2013 på Lovdata.

empirisk. I oppgaven har jeg valgt å ta utgangspunkt i saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12. I en sak om omsorgsovertagelse etter § 4-12 skal fylkesnemnda, eller retten, ta stilling til hvorvidt barnet skal bo hos sine foreldre eller i fosterhjem/institusjon. Dette er også tema for andre bestemmelser i barnevernloven. Lovens § 4-21 gjelder opphevelse av vedtak om omsorgsovertagelse. Temaet i disse sakene er hvorvidt barnet skal tilbakeføres til sine foreldre.

Også i disse sakene har konsekvensene av adskillelse fra barnets omsorgspersoner betydning. Det er også nevnt i selve lovbestemmelsen. Barnevernloven § 4-21 første ledd annet punktum sier at avgjørelsen om omsorgsovertagelse ikke skal oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer dersom barnet blir flyttet.

I den empiriske delen av oppgaven har jeg valgt å konsentrere meg om saker etter barnevernloven § 4-12. I disse sakene inngår konsekvensene av adskillelse fra foreldrene i en viktig avveining. På den ene siden er årsaken til at forslag til vedtak om omsorgsovertagelse blir fremmet, at barneverntjenesten mener barnet lever under forhold som på kort eller lang sikt er skadelig for barnet. På den annen side vil adskillelsen fra foreldrene og flyttingen til et nytt miljø kunne være en belastning for barna, som vil inngå som et moment når fylkesnemnda skal foreta et valg

Når jeg i oppgaven har sett på praksis fra både Høyesterett og fylkesnemnda, er det ut fra ulike siktemål. Fordelen med å gjennomgå Høyesteretts avgjørelser er at Høyesteretts praksis har stor betydning for gjeldende rett. På den annen side vil det i en sak for Høyesterett kunne ha gått betydelig tid fra vedtak om omsorgsovertagelse til dom faller i Høyesterett. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 3.1, er flere av omsorgssakene som har blitt behandlet av Høyesterett, reelt sett saker om tilbakeføring fordi barnet har bodd i fosterhjem i lengre tid, og i vurderingen har Høyesterett i flere saker lagt vekt på at barnet har bodd i fosterhjem i lengre tid og knyttet seg til fosterfamilien.

Fordelen med å bruke saker som har blitt behandlet av fylkesnemnda, er at det i disse sakene har gått relativt kort tid fra barnet eventuelt har blitt flyttet fra foreldrene, til vedtak fattes i fylkesnemnda. Dessuten vil det forhold at enhver omsorgssak behandles i fylkesnemnda i

første instans, og at fylkesnemnda dermed er det organ som behandler flest omsorgssaker, gjøre fylkesnemndssakene til et naturlig felt for en empirisk undersøkelse. Imidlertid er det ikke alle fylkesnemndssaker som er publisert på Lovdata, noe som gjør at når jeg i undersøkelsen har basert meg på Lovdata, er utvalget ikke representativt.

Saker etter barnevernloven § 4-12 må også avgrenses mot andre hjemler for omsorgsovertagelse. Disse finnes i barnevernloven § 4-8 annet og tredje ledd. Det går frem av statistikk gjengitt i NOU 2012: 5 side 75 at § 4-12 er den oftest brukte hjemmelen for omsorgsovertagelser. Antall vedtak i fylkesnemndene om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-8 og § 4-12 var for årene 2008-2010 som følger:

	2008	2009	2010
§ 4-12	732	778	807
§ 4-8	142	134	169

Det kan treffes vedtak om omsorgsovertagelse etter § 4-8 tredje ledd hvis en frivillig plassering har vart i mere enn to år, og barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø hvor det er, at det etter en samlet vurdering må antas at flyttingen kan føre til alvorlige problemer for barnet. I § 4-8 annet ledd første punktum dreier det seg om tilfeller hvor barnet har vært plassert utenfor hjemmet, og det er overveiende sannsynlig at det å flytte barnet hjem til foreldrene vil føre til en situasjon som nevnt i § 4-12 første ledd. § 4-8 annet ledd annet punktum presiserer at et slik vedtak også kan treffes før et nyfødt barn er flyttet til foreldrene.

I avhandlingen velger jeg å se på omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12, ikke § 4-8. Dette valget har sammenheng med avhandlingens tema. Som vist til i kapittel 4.4.2 ser det ut til å være en allmenn oppfatning i psykologisk faglitteratur at barn inntil to måneders alder kan flyttes fra foreldrene uten at flyttingen setter varige spor. Derfor tar jeg ikke med saker som omhandlet i § 4-8 annet ledd annet punktum. I paragrafens tredje ledd er temaet flytting tilbake til foreldrene. I disse tilfellene gjør loven selv problemer ved adskillelse til et sentralt tema. Slik sett har de betydelige likheter med saker om tilbakeføring etter § 4-21.

Saker etter § 4-8 annet ledd første punktum har betydelige likheter med saker etter § 4-12;

bestemmelsen henviser også til vilkårene i § 4-12 første ledd. Jeg har også utelatt disse sakene for å få et mest mulig ensartet utvalg av saker med tanke på hvor lenge barnet har bodd utenfor foreldrehjemmet, jf. kapittel 4.1.1.

I avhandlingen vil jeg for det første vil jeg undersøke hvilken betydning empirisk kunnskap om virkningene av adskillelse mellom barn og foreldre har for betydningen av gjeldende rett i omsorgssaker. For å finne ut av det er det nødvendig å gå inn på hva som er gjeldende rett generelt i saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12.

For å finne ut hva som er gjeldende rett, anvender man rettskildelæren. Sentralt for å finne gjeldende rett på feltet er barnevernloven. Loven selv gir anvisning på at skjønnsmessige vurderinger står sentralt i omsorgssaker. For det første er vilkårene for terskelvurderingen i barnevernloven § 4-12 første ledd skjønnsmessig. Eksempelvis omtaler bestemmelsens § 4-12 første ledd alternativ a "alvorlige mangler" ved den daglige omsorg eller i forhold til den personlige kontakt eller trygghet barnet trenger. For det annet er det nødvendig etter barnevernlovens § 4-1 første ledd at omsorgsovertagelse skal være til "barnets beste", som er et skjønnsmessig begrep.

Når man utøver skjønn, må man foreta en vurdering. Denne vurderingen må ta utgangspunkt i hva som er godt og hensiktsmessig i den enkelte sak, og vurderingen må være forsvarlig. Når man anvender en lovregel på en bestemt sak, kalles det å foreta en subsumpsjon. Når man skal gjøre rede for gjeldende rett i et rettsvitenskapelig arbeide, for eksempel en masteroppgave eller en lovkommentar, er oppgaven annerledes. Man skal ikke anvende en rettsregel på en bestemt sak, men gjøre rede for hvordan rettsregelen anvendes generelt.

I denne oppgaven ser jeg på hvilken betydning empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse har for gjeldende rett. Generell kunnskap om konsekvenser av adskillelse stiller imidlertid nye spørsmål. Man kan for eksempel stille spørsmålet om adskillelse er like problematisk for alle grupper barn. Alder er et eksempel på en faktor som har betydning i så måte. Denne og andre faktorer som har betydning for hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har, vil jeg se nærmere på i kapittel 3.4

At vurderingen er skjønnsmessig og konkret, har betydning for hvilken rettskildemessig

betydning høyesterettspraksis har. At vurderingen er skjønnsmessig og konkret, innebærer at det kan være vanskelig å trekke konklusjoner fra en høyesterettsdom og bruke dem i en annen sak. Dette vil jeg drøfte nærmere i kapittel 3.3.

I den empiriske delen, kapittel 4, har jeg sett på hvilken vekt fylkesnemnda har lagt på konsekvensene av adskillelse fra foreldrene. Et generelt moment som konsekvenser av adskillelse fra foreldrene kan være vist til i mange saker, og det er ikke nødvendigvis opplagt hvor stor vekt det er lagt på momentet. Det kan for eksempel ha blitt gitt en ikke ubetydelig vekt, men andre momenter veier tyngre i motsatt retning. Det viste seg under gjennomgangen av fylkesnemndssakene at adskillelse fra foreldrene var drøftet i relativt få saker. Det lot seg derfor gjøre å omtale flere av dem nærmere. For å få et innblikk i hvor stor vekt fylkesnemnda har lagt på konsekvenser av adskillelse fra foreldrene, kan man se på hvordan fylkesnemnda ordlegger seg i drøftelsen. Hvis det å flytte barnet fra foreldrene f.eks. omtales som en ”risiko”, tyder det på at fylkesnemnda har tillagt konsekvensene av omsorgsovertagelse stor vekt, selv om andre momenter kan ha veiet tyngre, og fylkesnemnda har fattet vedtak om omsorgsovertagelse.

6.8 Saksbehandlingen i saker om omsorgsovertagelse

Temaet for denne oppgaven er de materielle vilkårene for omsorgsovertagelse. Jeg vil her kort ta for meg fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker og saksbehandlingen i saker om omsorgsovertagelse. Dette fordi fylkesnemnda vil bli omtalt i det følgende, og visse sider av barnevernrettens prosessuelle side vil være en del av bakgrunnen for den videre fremstillingen.

Fylkesnemnda er et forvaltningsorgan som blant annet har som oppgave å fatte vedtak om omsorgsovertagelse hvis vilkårene er til stede (barnevernloven § 4-12 tredje ledd). Det er i Ot.prp. nr. 76 (2005–06) s. 28 uttalt at grunnprinsippene for fylkesnemndenes saksbehandling ikke skal skille seg kvalitativt ut fra prinsippene for domstolenes saksbehandling.

Hvem som er parter i en sak om omsorgsovertagelse, er omhandlet i Ot.prp. nr 76 (2005–06) s. 44. Det er barneverntjenesten som opptrer for kommunen og fremmer forslag om omsorgsovertagelse for fylkesnemnda. Departementet la til grunn at hvem som skal anses som part i saker etter barnevernloven, bør reguleres etter forvaltningsloven, jf.

forvaltningsloven § 2 bokstav e. Forvaltningslovens § 2 bokstav e sier at en part er den person en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder.

I saker om omsorgsovertagelse la departementet til grunn at hovedregelen er at foreldre som har del i foreldreansvaret, skal anses som parter. Slik departementet så det, kan foreldre uten del i foreldreansvaret gis partsstatus dersom de har så sterk faktisk tilknytning til barnet at fylkesnemndas beslutning kan sies å ”rette seg mot” eller ”direkte gjelde” vedkommende.

I noen saker vil også barnet være part i en omsorgssak. Barnevernloven § 6-3 tredje ledd første punktum sier at et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder. Annet punktum gir fylkesnemnda adgang til å innvilge også et barn under 15 år partsrettigheter i ”særskilte tilfeller”.

Fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36 av den private part eller av kommunen (barnevernloven § 7-24 første ledd). Tvistelovens § 36-5, tredje ledd sier at retten kan prøve alle sider av saken. Det innebærer at retten ikke bare kan prøve lovanvendelsen og de fakta fylkesnemnda har bygget på men også skjønnsanvendelsen.

7 Gjeldende rett i saker om omsorgsovertagelse

7.1 Prinsipper i barnevernretten

I det følgende vil jeg se på noen prinsipper som er sentrale i barnevernretten. I NOU 2012: 5 side 40 gjør utvalget rede for begrepet juridisk prinsipp. Begrepet prinsipp har ingen klart definert rettslig betydning. I følge Graver⁵ brukes betegnelsen ofte om normer med høy grad av generalitet. I juridisk litteratur⁶ synes det å være enighet om at prinsipper har retningslinjekarakter i den forstand at de, i motsetning til en regel, ikke angir et bestemt resultat. I motsetning til en regel brytes ikke et prinsipp dersom det ikke får gjennomslag, selv ikke om prinsippet anses som grunnleggende.

⁵ Graver (2007) s. 35-36

⁶ NOU 2012: 5 s. 40 med henvisning til Graver (2006)

Eksempelene på prinsipper er ikke uttømmende. Haugli (2000) s. 29 tar for eksempel med prinsippet om "permanency planning", som går ut på at man skal søke å sikre barnet en stabil og forutsigbar omsorgssituasjon. Prinsippet kommer til uttrykk i barnevernloven § 4-15 tredje ledd, som sier at barneverntjenesten allerede ved omsorgsovertagelsen skal vedta en plan for barnets omsorgssituasjon.

I Prop. 106 L (2012–13) s. 81 fremheves tre prinsipper som har vært viktige prinsipper i barnevernretten, og som danner utgangspunktet for barnevernets arbeide: barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp. Prinsippet om barnets beste vil bli behandlet i kapittel 2.6, som omhandler "barnets beste" som vilkår for omsorgsovertagelse. Departementet nevner også prinsippet om barnets medvirkning, som kommer til uttrykk i barnevernlovens § 6-3. Bestemmelsen sier at barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelser i sak som berører barnet, og at barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets modenhet. Ved endringslov 63/2013 ble det tilføyet et annet ledd til barnevernloven § 4-1. Leddets første punktum sier at barnet skal gis mulighet til medvirkning, og at det skal tilrettelegges for samtaler med barnet. Videre kan barn som barnevernet har overtatt omsorgen for, gis anledning til å ta med en person barnet har særlig tillit til.

7.1.1 Det biologiske prinsipp

Et sentralt prinsipp i barnevernretten er det biologiske prinsipp. I Prop. 106 L (2012–13) s. 82 skriver departementet at det biologiske prinsipp uttrykker at barn generelt sett har best av å vokse opp i sin familie, og at kontakten mellom barn og foreldre skal opprettholdes etter en omsorgsovertagelse. Det biologiske prinsipp er ikke nevnt i barnevernloven, men kommer til uttrykk i lovens system og er nevnt i forarbeidene og Høyesteretts praksis (Rt. 1991 s. 668). Det biologiske prinsipp er også i samsvar med det som kommer til uttrykk i Barnekonvensjonens artikkel 9, som har som utgangspunkt at statene skal garantere at barn ikke blir skilt fra foreldrene mot deres vilje.

I barnevernloven kommer det biologiske prinsipp delvis til uttrykk ved at det stilles strenge vilkår for at omsorgen kan tas fra foreldrene, jf. uttrykk som "alvorlige mangler" ved den daglige omsorg i barnevernloven § 4-12 første ledd alternativ a. Terskelen er også høy for å plassere barnet utenfor hjemmet som et frivillig hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 fjerde

ledd. Dette kommer ikke frem i lovteksten, men følger av forarbeidene⁷

Prinsippet kommer dessuten til uttrykk ved at også i de tilfellene hvor barneverntjenesten overtar omsorgen for barnet, er lovens utgangspunkt at kontakten mellom foreldre og barn skal opprettholdes. I en høyesterettsdom om adopsjon, Rt. 1991 s. 557 uttrykkes det biologiske prinsipp slik: "Jeg minner om at barnevernloven bygger på at det gjennomgående vil være i barnets interesse at foreldrene har omsorgen for det og videre at foreldrene, selv om omsorgen må fratas dem, i alminnelighet har kontakt med barnet og foreldreansvaret for det. Vurderingen av hva som i det enkelte tilfelle er barnets beste, må i disse saker skje i lys av dette."

Barnevernloven § 4-19 har som utgangspunkt at foreldre og barn har rett til samvær med hverandre også etter en omsorgsovertagelse. Barnevernloven § 4-18 angir rettsvirkningen av en omsorgsovertagelse. Ved en omsorgsovertagelse går omsorgen for barnet over på barneverntjenesten. I departementets utkast til ny barnevernlov i 1992 ble ordet ansvarsovertagelse brukt i stedet for omsorgsovertagelse. Imidlertid endret Stortinget lovutkastet under behandlingen.⁸ Flertallet fant at å ta fra foreldrene foreldreansvaret i ethvert tilfelle hvor det er nødvendig å flytte barnet fra foreldrene, var et for stort inngrep og ville oppleves negativt av foreldrene. Foreldrene beholder dermed i utgangspunktet et "restansvar" også ved en omsorgsovertagelse.

Et utslag av det biologiske prinsipp ser vi også i barnevernlovens § 4-20a. Bestemmelsen, som ble tatt inn i loven i 2010,⁹ åpner for besøkskontakt mellom barnet de biologiske foreldre også etter en adopsjon etter barnevernloven § 4-20. Forutsetningen for en slik besøkskontakt er at noen av partene har krevet det, og at adoptivsøkerne samtykker til slik kontakt.

Det biologiske prinsipp har kommet til uttrykk en rekke ganger i forarbeidene. I forarbeidene til barnevernloven av 1953, Ot.prp. nr. 56 (1952) s. 12¹⁰ ble det uttalt at man bare i nødsfall

⁷ Ofstad og Skar (2009) s. 79 med henvisning til NOU 1985: 18 pkt. 11.5.4

⁸ Ofstad og Skar (2009) s. 149-150

⁹ Endringslov 18/2010

¹⁰ Lindboe (2012) s. 23

bør skille barn fra foreldrehjemmet. Høyesterett sluttet seg til disse uttalelsene i Rt. 1982 s. 764 (s. 770).

Ved behandlingen av dagens barnevernlov i 1992 uttalte en enstemmig stortingskomité (Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 15): "Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ." Komitéen uttalte også (s. 6) at "Det er viktig at de tiltak barnevernet må igangsette for barnets del, ikke utformes på en måte som unødvendig bryter bånd mellom barn og biologiske foreldre."

Det biologiske prinsipp er imidlertid bare et utgangspunkt. Barnevernretten bygger på at det biologiske prinsipp må vike når barnets beste tilsier det. I Ot.prp. nr. 69 (2008–09) s. 6 skriver departementet: "Når foreldre ikke innehar ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet må det biologiske prinsipp vike for barnets beste. Der det er motsetninger mellom barnets behov for trygghet og omsorg, og foreldres behov og ønsker, må barnets behov settes foran foreldrenes.

I NOU 2012: 5 s. 86 advarer Raundalen-utvalget mot at det biologiske prinsipp gis for stor vekt. Det vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.2.

7.1.2 Det mildeste inngreps prinsipp

Barnevernloven § 4-12 annet ledd sier at vedtak om omsorgsovertagelse bare kan treffes dersom det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et vedtak om omsorgsovertagelse kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelp av hjelpetiltak etter § 4-4 eller tiltak etter § 4-10 eller 4-11. I barnevernretten brukes ofte uttrykket "det mildeste inngreps prinsipp". Oppedal (2008) s. 169 konkluderer med at det er litt ulikt hvordan litteraturen forholder seg til det mildeste inngreps prinsipp, men at det synes anerkjent av de fleste at prinsippet er gjennomgående i barnevernloven.

Det mildeste inngreps prinsipp ble ikke brukt i forarbeidene til barnevernloven av 1992 eller loven av 1953¹¹, men prinsippet er omtalt i forarbeidene til endringslov 63/2013. Med forarbeidene til endringslov 63/2013 er det imidlertid klart at det mildeste inngreps prinsipp er

¹¹ Sandberg (2003) s. 41

et sentralt prinsipp i barnevernretten. I Prop. 106 L (2012–13) s. 82 uttales det om det mildeste inngreps prinsipp:

"Det *mildeste inngreps prinsipp* handler om at barnevernet ikke skal sette inn mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i familier som trenger bistand. Det mildeste inngreps prinsipp er ment å beskytte barn og foreldre mot for inngripende tiltak når det ikke er behov for det. Prinsippet forhindrer imidlertid ikke at barnevernet setter i verk svært inngripende tiltak når det er nødvendig for å ivareta barnets beste."

7.1.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet kan formuleres som at offentlige myndigheter ikke kan endre eller etablere rettsforhold uten å ha hjemmel for det i formell lov eller annet gyldig rettsgrunnlag. Legalitetsprinsippet er relativt i den forstand at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes (Rt. 1995 s. 330).

Det finnes på barnevernrettens område en høyesterettsavgjørelse hvor flertallet og mindretallet hadde ulikt syn på anvendelsen av legalitetsprinsippet. I Rt. 1992 s. 242 (dissens 3-2) var tvistetemaet hvorvidt en mor skulle få tilbake omsorgen for et barn. Etter daværende lovs § 48 annet ledd skulle et omsorgsvedtak oppheves når det ikke lenger var tilstrekkelig grunn for vedtaket. Mindretallet mente at bestemmelsen ikke åpnet for at generelle betraktninger om de psykiske skadene barnet ville bli påført ved å flyttes fra fosterhjemmet det hadde tilknytning til, i seg selv skulle begrunne at et omsorgsvedtak ble opprettholdt.

Tredjevoterende, som representerte flertallet, delte ikke synet på at man ved å nekte tilbakeføring, leste inn i loven et innhold som ikke hadde tilstrekkelig dekning i lovens ordlyd eller forarbeider. Tredjevoterende la vekt på prinsippet om barnets beste: "Hensynet til barnet er et helt dominerende hensyn i lovgivningen om barns forhold, og er bakgrunnen for at Høyesterett i flere dommer har lagt til grunn at tilbakeføring ikke skal skje dersom dette utsetter barnet for alvorlige skadevirkninger, sett i et lengre tidsperspektiv."

Eksemplet fra Rt. 1992 s. 242 viser at legalitetsprinsippet er relativt på barnevernsområdet. Det er ikke fordi det ikke dreier seg om et mindre alvorlig inngrep, men fordi barnets beste i

en tilbakeføringssak gis en meget stor vekt, jf. Sandberg (2003) s. 38.

7.1.4 Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp

I NOU 2012: 5 s. 86 anbefaler utvalget at det innføres et nytt prinsipp i barnevernretten - det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp. Utvalget skriver ikke eksplisitt hva som menes med det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp, men gjør rede for bakgrunnen for prinsippet og siktemålet med å innføre det som ett av de mest sentrale prinsippene i barnevernssaker.

Utvalget viser til at forskning viser at samspillet mellom barn og omsorgspersonene er avgjørende for barns utvikling og fungering. Utvalget skriver så at bakgrunnen for å innføre det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp er at en for stor vekting av egenverdien av det biologiske prinsipp kan føre til at barnet vokser opp under ugunstige omsorgsbetingelser dersom tilknytningen og relasjonsutviklingen mellom barnet og omsorgspersonene er svak. Jeg vil komme tilbake til bakgrunnen for innføringen av det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp i kapittel 3.2.

7.2 Det rettslige grunnlaget for omsorgsovertagelse

Når barn plasseres utenfor hjemmet, kan det skje med eller uten foreldrenes samtykke. En frivillig plassering kan gå ut på at foreldrene plasserer barnet hos andre uten barnevernets medvirkning. Det kan også gå ut på at barnevernet formidler plass for barnet i fosterhjem, institusjon eller omsorgssenter for mindreårige. Dette hjemles i barnevernloven § 4-4 femte ledd. Bestemmelsen bruker uttrykket "plassering" som et motstykke til "omsorgsovertagelse", som er et tvangsinngrep.

Omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12 er et rent tvangsvedtak. Det går frem av forarbeidene til barnevernloven (Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 43) at selv om foreldrene samtykker til omsorgsovertagelse, skal fylkesnemnda ta stilling til omsorgsovertagelse.

Hjemlene for omsorgsovertagelse finner vi i barnevernloven § 4-8 annet og tredje ledd og i barnevernloven § 4-12, som er den bestemmelsen jeg vil konsentrere meg om her.

Barnevernloven § 4-12 første ledd sier at hvis ett av fire alternative vilkår er til stede, kan det fattes vedtak om å overta omsorgen for et barn. Annet ledd sier at et vedtak ikke kan treffes

dersom det ved hjelp av hjelpetiltak kan skapes en tilfredsstillende situasjon for barnet.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med barnevernloven § 4-1 første ledd: "Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen."

Dette kan oppsummeres med at en omsorgsovertagelse etter barnevernlovens § 4-12 krever at tre kumulative vilkår være til stede: 1) Det må være en mangel ved omsorgen, som beskrevet i barnevernlovens § 4-12 første ledd. 2) Omsorgsovertagelse må være nødvendig; vedtak kan ikke treffes hvis det ved hjelpetiltak kan skapes en tilfredsstillende situasjon for barnet 3) Omsorgsovertagelse må etter en totalvurdering være barnets beste.

I Rt. 1982 s. 764 på side 770 påpeker førstvoterende at de kumulative vilkår rommer vurderingstemaer som i praksis i noen grad glir over i hverandre. Dommen var etter barnevernloven av 1953, men de kumulative vilkår for omsorgsovertagelse var i hovedsak de samme som i dagens rett, jf. førstvoterendes redegjørelse for det rettslige grunnlaget for omsorgsovertagelse.

Hvis grunnvilkåret etter § 4-12 første ledd er til stede, og det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelp av hjelpetiltak, og en omsorgsovertagelse i tillegg vil være til barnets beste, må loven forstås slik at barneverntjenesten skal overta omsorgen. En slik lovforståelse er best i tråd med formålsbestemmelsen i barnevernloven § 1-1, som sier at formålet med barnevernloven er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid. Det kan også utledes av rettspraksis. I Rt. 1986 s. 764 uttales det på side 770: "For overføring av omsorg etter § 19 kreves ytterligere at slikt tiltak må antas å være til barnets beste, jfr. § 17 annet ledd, og at «åtgjerder» som nevnt i § 18 må anses nytteløse eller ikke har ført frem. Hvis så er tilfellet, «kan» omsorgen fratas foreldrene, dvs. at avgjørelsen beror på et samlet skjønn."

I tillegg til de tre kumulative vilkårene i barnevernloven stiller gjeldende rett en fjerde betingelse for at omsorgsovertagelse skal kunne finne sted. Menneskerettsloven § 3 sier at bestemmelser som nevnt i lovens § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen

lovgivning. En omsorgsovertagelse må derfor ikke være i strid med bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som nevnt i menneskerettsloven § 2. Nedenfor vil jeg se på innholdet i de enkelte kumulative vilkårene i barnevernloven og hvilken betydning menneskerettighetsloven har for gjeldende rett.

7.3 Forholdet til barnevernloven § 4-21

Barnevernloven § 4-21 hjemler opphevelse av vedtak om omsorgsovertagelse. I saker etter § 4-21 skal fylkesnemnda ta stilling til om barnet skal tilbakeføres til foreldrene, og saker etter § 4-21 omtales gjerne som tilbakeføringssaker. Bestemmelsens første ledd, første punktum sier at fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertagelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

En vesentlig likhet mellom saker om omsorgsovertagelse etter § 4-12 og tilbakeføringssaker etter § 4-21 er at det skal tas stilling til hvorvidt barnets foreldre eller barneverntjenesten skal ha omsorgen for barnet. En viktig praktisk forskjell er at i tilbakeføringssaker har barnet bodd utenfor hjemmet i kortere eller lengre tid. Det må da tas med i vurderingen at barnet kan ha knyttet seg til fosterforeldrene. I § 4-21 første ledd annet punktum sier at et vedtak om omsorgsovertagelse ikke skal oppheves dersom barnet har fått en slik tilknytning til mennesker og miljø der hvor det er, slik at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.

I teorien er det lagt til grunn¹² at et vedtak om omsorgsovertagelse uansett må oppheves dersom det ikke er til barnets beste at omsorgsvedtaket opprettholdes. Da omsorgsovertagelse er et tiltak etter barnevernlovens § 4-1, må det være til barnets beste at vedtaket opprettholdes.

Som en konsekvens av at behandlingen av en omsorgssak kan ta lang tid når den behandles i flere rettsinstanser, kan barnet allerede ha bodd i fosterhjem eller institusjon i lengre tid når saken avgjøres. Høyesterett har presisert i blant annet Rt. 2006 side 1672, Rt. 2002 s. 327, Rt. 2002 s. 875 og Rt. 1999 s. 1883 at saken i slike tilfeller skal behandles etter § 4-12 og ikke reglene om tilbakeføring i § 4-21.

¹² Sandberg (2003) s. 190 og Ofstad og Skar (2009) s. 209

Saken i Rt. 1991 s. 1335 gjaldt tilbakeføring av et barn som var under barneverntjenestens omsorg. Om forholdet mellom saker om omsorgsovertagelse og saker om tilbakeføring uttalte Høyesterett (side 1358):

"Avgjørelsen skal videre treffes på grunnlag av de faktiske forhold slik de er på tidspunktet for overprøvelsen; for domstolsprøvelsen er dette fastslått ved en rekke avgjørelser. Det er også lagt til grunn av Høyesterett at vurderingen av om omsorgsovertagelsen skal opprettholdes eller barnet tilbakeføres, i det vesentlige vil måtte bli den samme om søksmålet er reist for å få prøvet selve omsorgsvedtaket, eller om det er anvendelsen av lovens § 48 annet ledd om opphevelse av omsorgsvedtak som angripes. Jeg viser til uttalelser om dette bl.a. i Rt-1986-1189 på side 1193 og Rt-1986-1222 på side 1233. I begge tilfelle vil virkningen for barnet av en tilbakeføring stå sentralt i vurderingen."

Denne saken ble avgjort etter barnevernloven av 1953. I saken i Rt. 1996 s. 1203 viste førstvoterende til forarbeidene til barnevernloven av 1992 og konkluderte med at rettstilstanden ikke ble endret i realiteten ved vedtagelsen av barnevernloven av 1992. Førstvoterende konkluderte med at det blant annet innebærer at forholdet mellom barnevernlovens § 4-12 første ledd og § 4-21 første ledd prinsipielt er det samme som forholdet mellom paragrafene som gjaldt henholdsvis omsorgsovertagelse og tilbakeføring etter barnevernloven av 1953. Førstvoterende viste så til saken i Rt. 1991 s. 1355.

At vurderingen i det vesentlige vil være den samme i saker om omsorgsovertagelse som i saker om tilbakeføring, innebærer at også høyesterettsavgjørelser om saker etter § 4-21 har betydning for hva som er gjeldende rett i omsorgssaker. Det samme vil saker som går etter § 4-12, men hvor det reelt sett dreier seg om tilbakeføring. Dette vil ha betydning senere i oppgaven, hvor jeg ser på hvilken betydning empirisk kunnskap om virkninger av adskillelse har hatt i Høyesteretts praksis.

Det er etter rettspraksis betydelige likheter mellom saker etter barnevernlovens § 4-12 og lovens § 4-21. Når det gjelder spørsmålet om hvilken av de to bestemmelsene en sak skal avgjøres etter, omtaler § 4-21 første ledd første punktum opphevelse av vedtak om

omsorgsovertagelse. Det må derfor foreligge et vedtak om omsorgsovertagelse, og både rettspraksis og opplagte prosess tekniske hensyn tilsier at vedtaket må være rettskraftig. I tillegg er det etter Rt. 1994 s. 1105 et krav at vedtaket om omsorgsovertagelse må være iverksatt. Hvis vedtaket ikke er iverksatt, skal vurderingen skje etter kriteriene i § 4-12.

7.4 Grunnvilkåret for omsorgsovertagelse - barnevernloven § 4-12 første ledd

Barnevernlovens § 4-12 første ledd stiller opp fire alternative vilkår for omsorgsovertagelse. Vedtak om omsorgsovertagelse kan treffes:

- a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling,
- b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring,
- c) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, eller
- d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet

I NOU 2012: 5 s. 74 flg. bruker Raundalen-utvalget begrepet terskel for omsorgsovertagelse. En del av utvalgets mandat var å gjennomgå hvorvidt terskelen for omsorgsovertagelse er for høy. Med denne ordbruken, som vi også finner bl.a. i Sosiallovutvalgets innstilling s. 157¹³, kan vi omtale § 4-12, 1. ledd som en bestemmelse som angir hvor høy terskel det skal være for at barnevernet tar over omsorgen for et barn.

Både i lovens ordlyd, forarbeider og i rettspraksis finner vi støtte for at terskelen er høy. I alternativ a, c og d brukes adjektivet/adverbet ”alvorlig”, mens alternativ b omtales ”særlige”

¹³ Lindboe (2012) s. 83

behov for behandling og opplæring. I Sosiallovutvalgets innstilling¹⁴ påpekes det at det klare utgangspunkt er at det er foreldrene som skal sørge for sine barn:

”Om skjønnstemaet er det nødvendig med ytterligere en merknad:

Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna - kanskje problemer av alvorlig art - er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.

Dette betyr ikke i seg selv en nedprioritering av barnets interesser. Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke. Dessuten medfører ansvarsovertakelse at barnet mister sine tidligere personlige kontakter: flyttingen er en risiko som må tas i betraktning også fordi hjelpeapparatet ofte er begrenset eller ikke fungerer tilfredsstillende.”

Også en uttalelse i Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 110 indikerer at det skal noe til før omsorgsovertagelse er aktuelt. Der avgrenses ”alvorlige mangler” i alternativ a) som følger:

”Det er forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar - ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer og situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om omsorgsovertakelse”. Denne uttalelsen er vist til i Rt. 1999 s. 1883 og Rt. 2002 s. 327.

En slik uttalelse er imidlertid i seg selv utilstrekkelig til å angi hvor grensen for ”alvorlige mangler” ved omsorgen går. Som førstvoterende uttaler i Rt. 1986 s. 1189 (på side 1193) kan man ikke trekke det at det rettslige utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine foreldre,

¹⁴ NOU 1985: 18 pkt. 11.5.8.2, se Ofstad og Skar (2009) side 144. Når Sosiallovutvalget omtaler ansvarsovertagelse og ikke omsorgsovertagelse, skyldes dette at Sosiallovutvalget foreslo å gjøre § 4-12 til en bestemmelse som hjemlet ansvarsovertagelse, jf. § barnevernloven 4-20. Dette ble endret under Stortingets behandling av loven.

så langt at barnet utsettes for skadevirkninger av betyding.

Over er det vist til uttalelser i forarbeider og rettspraksis som trekker i retning av at kriteriene i § 4-12 første ledd er strenge. Dette må modifiseres ved vedtagelsen av endringslov 63/2013. I NOU 2012: 5 s. 86 anbefaler utvalget at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp gis forrang fremfor det biologiske prinsipp i saker hvor tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling. Denne uttalelsen kommer etter at utvalget har gitt detaljerte anbefalinger om skjønnet i hver av de fire alternativene i § 4-12 første ledd. I punktet som følger, punkt 6.8.2, gir utvalget generelle anbefalinger for *terskelvurderingen*. Det tyder på at utvalget har tatt sikte på å endre rettstilstanden når det gjelder terskelvurderingen etter § 4-12 første ledd.

Selv om lovens innhold og ordlyd, forarbeidene og rettspraksis kan gi en viss veiledning om hvor høy terskelen for omsorgsovertagelse er, er det nødvendig å bruke skjønn for å avgjøre om en mangel ved omsorgen for barnet er alvorlig nok til å falle inn under ett av de fire vilkårene i § 4-12 første ledd. Sosiallovutvalget begrunnet nødvendigheten av å bruke skjønn som følger¹⁵:

"Bestemmelsene i barnevernlovens § 16 jf. § 19 er ofte blitt kritisert fordi utformingen krever anvendelse av skjønn. I mandatet for utvalget er det sagt at vilkårene for vernetiltak må søkes utformet mer presisert.

Etter utvalgets mening er det imidlertid ikke til å unngå at det i betydelig grad må utøves skjønn i disse saker. Betydningsinnholdet i de ord som må brukes er ofte uskarpt og av slik karakter at det også må legges vekt på en rekke tilleggsmomenter. (...) Etter vår mening er det altså ikke mulig å eliminere skjønnselementet fra slike avgjørelser. Oppgaven må heller være å finne klareste mulige problemstillinger, som dessuten skal ha vekt ved utøvelsen av skjønnet."

¹⁵ NOU 1985: 18 pkt 11.5.8.2, se Ofstad og Skar (2009) s.114

I NOU 2012: 5 har Raundalen-utvalget ytterligere utdypet hva som skal til for at den skjønnsmessige terskelen for omsorgssvikt etter § 4-12 første ledd er overskredet. Utvalgets eksemplifisering av "alvorlige mangler" etter alternativ a, som er det mest generelle alternativet, er gjengitt under.

7.4.1 Bokstav a

Dette alternativet hjemler omsorgsovertagelse dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling.

I NOU 2012: 5 s. 82 skriver utvalget: "Barneverntjenestens vurderinger i forhold til barnevernloven § 4-12a baseres på skjønnsutøvelse. Utvalget ønsker å gi barnevernet noen anbefalinger vedrørende dette skjønnnet, herunder vurderingen av om det foreligger mangler ved omsorgen. Alvorlige mangler ved den daglige omsorgen innebærer forsømmelse eller vanskjøtsel. Det dreier seg altså både om mangel på handling og om aktiv påføring av krenkelser."

Utvalget gir ni typeeksempler på mangler ved omsorgen. Det understrekes at forsømmelsene som er nevnt i listen, er ment som eksempler og ikke som en uttømmende opplisting som kan brukes som en sjekkliste av barnevernet. Utvalget presiserer at flere av de konkrete eksemplene som nevnes, i gitte situasjoner kan ligge innenfor det som er normal omsorgsutøvelse, mens det i andre situasjoner vil være unormalt eller uakseptabelt. Utvalget nevner som eksempel punkt e nedenfor.

Utvalget ønsker ikke å trekke noen generell eller absolutt grense mellom akseptabel og uakseptabel omsorg, men å peke på aktiviteter som både kan utøves innenfor normale rammer og være normalitetsoverskridende og dermed representere omsorgssvikt. For en ytterligere forklaring av eksemplene viser utvalget til boken "Barn i risiko" av utvalgsmedlem Øyvind Kvello.

Eksemplene utvalget gir i NOU 2012: 5 s. 82-83 er som følger:

- a. Mangelfull sikring: å utsette barnet for fysiske farer, eller å la barn være på steder med betydelig risiko for å bli påført skader.
- b. Mangelfullt tilsyn: å forlate barnet uten tilsyn eller med kvalitativt og/eller kvantitativt dårlig tilsyn, eller ikke i rimelig grad ta rede på hvor barnet er, hvem det er sammen med og hva det holder på med når det er borte fra foreldrene.
- c. Fysisk omsorgssvikt: å ikke gi barnet tilstrekkelige mengder med og/eller tilstrekkelig ernæringsriktig mat, hensiktsmessig påkledning, eller å ikke ivareta barnets hygieniske behov.
- d. Emosjonell omsorgssvikt: ignorering av barnets kontaktsøking, som vises ved lite respondering på og involvering i barnet, å overse mange av barnets signaler, en psykisk fjernhet / emosjonelt liten tilgjengelighet for barnet.
- e. (Tilslørt) seksuelt ladet forføring: Relasjonen til barnet erotiseres slik at omsorgsgiverens handlinger ikke lenger er aldersadekvate, eller man er grenseoverskridende på fordekte måter, slik at man tvinger seg inn på intimsoner. Eksempler kan være å vaske barn grundig nedentil etter at det selv er, eller skulle være, i stand til å ordne dette selv, inspisering av kjønnsorgan under påskudd av å hjelpe, la barnet sove fast i omsorgsgiverens seng etter at det er, eller skulle ha vært, i stand til å sove alene, å gi fysisk nærhet på en måte som er upassende ut fra intimsoner, eller stadig berøring og kos for ens egen psykiske og/eller fysiske tilfredsstillelse.
- f. Manipulering for senere utnyttelse: å pleie omgang med barn så man oppnår kontakt med og tillit/lojalitet fra det, slik at man på lengre sikt kan utnytte det ("child grooming").
- g. Uetisk veiledning av barnet: aktivt å involvere i, eller ikke hindre eller hjelpe barnet ut av, skadelige handlinger slik som antisosial adferd som kriminalitet, rusmiddelmisbruk, prostitusjon, eller skadelige relasjoner som betydelig eldre kjærester og voldelige relasjoner (for eksempel til venner eller kjærester).
- h. Parentifisering (nivellert med de voksne / voksenrolle): Barnet trekkes inn i en voksenverden det ikke er modent for, eller gis mer belastninger enn det som er kulturelt vanlig eller forsvarlig ut fra alder og modenhet. Det er tre former for parentifisering: emosjonell, praktisk og bruk av barnet som maktmiddel for å ramme andre. Parentifisering av praktisk type: å pålegge barnet urimelige arbeidsoppgaver, slik som omfattende pass av søsken, husarbeid eller inntektsgivende arbeid for å bidra til familiens utkomme, osv., slik at dette blir en byrde for barnet. Parentifisering av emosjonell type: å innlemme barnet i

voksenteam som barnet ikke er modent nok til å håndtere, eller som fører til at det blir unødig utfordret på lojalitet, krav om at barnet gir forpliktende svar det ikke har grunnlag for å gi, eller når barnet har en tydelig vegring mot å avgi slike løfter. Denne formen for parentifisering omfatter også å fritte ut barnet om detaljer om barnets seksuelle aktivitet som ikke handler om å ta rede på barnets situasjon for eventuelt å beskytte det, men mer ut fra en nysgjerrig interesse for denne typen av informasjon fordi det pirrer eller opphisser; videre er det snakk om å involvere barnet i intime detaljer om ens eget kjærlighetsliv, bruke barnet som trøst, osv.

i. Infantilisering av barnet: å mene og/eller gjøre barnet mer hjelpavhengig og umodent enn det er. Eksempler er overbeskyttelse og å hindre barnet fra å delta i vanlige aktiviteter fordi omsorgspersonen uriktig mener barnet ikke er trygt nok eller ikke kommer til å beherske situasjonen, å overinvolvere seg i barnet og være for styrende, ikke å la barnet ferdes alene når alder og sted tilsier at det burde få lov til det. Utnyttelsen handler her om at det dekker foreldrenes behov for å ha et hjelpeavhengig/uselvstendig barn.

Utvalget påpeker videre (s. 83) at en akkumulering av forsømmelser øker alvorlighetsgraden. Det vil være av betydning om forsømmelsene er sporadiske, for eksempel i takt med variasjoner i omsorgspersonens psykiske tilstand eller belastning uten at det preger hele omsorgssituasjonen, eller om forsømmelsen er stabile og vedvarende og preger omsorgssituasjonen.

7.4.2 Bokstav b

Det kan etter denne bestemmelsen fattes vedtak omsorgsovertagelse når foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sine særlige behov for behandling eller opplæring.

Uttrykket ”spesielt hjelpetrengende” tar sikte på barn som på grunn av påkjenninger det har vært utsatt for i familien eller miljøet, har et særlig behov for trygghet og stimulering.¹⁶ Også barn med adferdsvansker omfattes av alternativ b. I Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 22 ble det

¹⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 110

uttalt at ”dersom foreldrene til barn med slike adferdsvansker, for eksempel alvorlig eller gjentatt kriminalitet og vedvarende misbruk av rusmidler, ikke sørger for at barnet får nødvendig behandling og opplæring, må dette betegnes som omsorgssvikt, og barnevernet kan gripe inn jf. § 4-12 punkt b.”

7.4.3 Bokstav c

Det kan fattes vedtak om omsorgsovertagelse etter denne bestemmelsen når et barn blir mishandlet eller utsatt for andre overgrep i hjemmet. I forarbeidene til vedtagelsen av barnevernloven i 1992 (Ot.prp. nr. 44 (1991–92)) s. 43 er det uttalt at bestemmelsen er ment å omfatte både fysisk mishandling, herunder seksuelle overgrep, psykisk sjikane, trakassering og vedvarende mindre overgrep.

Det er i Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 111 foretatt en avgrensning mot mildere former for makt mot barnet. Det kan f.eks. tenkes situasjoner hvor foreldrene må bruke makt for å hindre at barnet skader seg selv eller andre.

Overfor ble det omfattende gjengitt fra Raundalen-utvalgets eksemplifisering av omsorgssvikt etter bokstav a) Også for bokstav c) gir Raundalen-utvalget (s. 84) eksempler (ikke uttømmende) på handlinger som faller inn under loven. Det eksemplifiseres både hva som går under mishandling, og hva som går under begrepet overgrep.

7.4.4 Bokstav d

Dette vilkåret skiller seg fra de andre tre alternativene på to måter. For det første kan vedtak fattes selv om omsorgen for barnet på vedtakstidspunktet er tilfredsstillende. Det avgjørende er om det er risiko for at barnet kan bli skadelidende på lengre sikt. Den andre forskjellen er at alternativet i bokstav d) eksplisitt angir et beviskrav. Det er nødvendig at det er "overveiende sannsynlig" at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadet. Sannsynlighetskravet må sees i sammenheng med det at bestemmelsen åpner for å overta omsorgen selv om barnet på vedtakstidspunktet får tilfredsstillende omsorg. Et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ville i større grad enn for de andre tre alternativene være problematisk fra et rettssikkerhetssynspunkt. Til sammenligning er det også i § 4-8 annet ledd første punktum

krav om "overveiende sannsynlighet". Bestemmelsen hjemler vedtak om omsorgsovertagelse når en flytting av barnet vil føre til en situasjon eller risiko som nevnt i § 4-12 første ledd.

Det går frem av Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 42 at bokstav d særlig tar sikte på situasjoner hvor foreldrene er tilbakestående eller har alvorlige sinnslidelser m.v. Slike foreldre kan i noen tilfeller makte omsorgen for barnet mens det er meget lite, og den manglende omsorgsevnen kommer først til syne etter hvert.

Det er ikke i proposisjonen eller Sosiallovutvalgets utredning gitt andre eksempler på situasjoner som kan falle inn under vilkåret i bokstav d).¹⁷ I NOU 2012: 5 s. 85 er også foreldre med alvorlige rusproblemer med dårlig prognose for positiv endring av omsorgskompetansen nevnt som ett av kjerneområdene for alternativ d.

7.5 Omsorgsovertagelse må være nødvendig - § 4-12 annet ledd

Barnevernloven § 4-12 annet ledd slår fast at omsorgsovertagelse bare kan finne sted dersom det er nødvendig. Det må tas utgangspunkt i den situasjonen barnet befinner seg i. Hvis det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelp av hjelpetiltak, skal omsorgsovertagelse ikke finne sted.

Om barneverntjenestens plikt til å vurdere hjelpetiltak uttaler Justiskomiteen i Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 15:

”Komiteen mener det er viktig å understreke at hjelpetiltak i hjemmet alltid skal vurderes, før mer omfattende tiltak igangsettes. Manglende ressurstilgang på tiltakssiden, må ikke få som konsekvens at barn flyttes ut av hjemmet. Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ. Komiteen slutter seg derfor til departementets presisering av at bruk av tvang bare skal være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses som nyttesløst å forsøke med slike tiltak.”

¹⁷ Ofstad og Skar (2009) s. 126

Hjemlene for hjelpetiltak finner vi i barnevernlovens § 4-4, § 4-10 og § 4-11. De to sistnevnte bestemmelsene tar sikte på tilfeller som omfattes av barnevernlovens § 4-12 første ledd alternativ b. § 4-10 gir hjemmel for at fylkesnemnda vedtar at barnet skal undersøkes av lege eller bringes til sykehus hvor det er nødvendig, og foreldrene ikke sørger for det. § 4-11 omhandler tilfeller hvor foreldrene ikke sørger for at et funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket særlige behov for behandling og opplæring.

Barnevernlovens § 4-4 er en generell hjemmel for å sette i verk hjelpetiltak når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det. Mens bestemmelsene i § 4-10 og § 4-11 gir hjemmel for vedtak mot foreldrenes vilje, inneholder § 4-4 hjemler både for frivillige og tvungne hjelpetiltak. De tvungne hjelpetiltakene er definert positivt i paragrafens fjerde ledd. De består av opphold i barnehave eller annet egnet dagtilbud, samt tilsyn hvis vilkårene i § 4-12 er til stede. I tillegg kan fylkesnemnda vedta at foreldrestøttende tiltak som har som formål å redusere barnets adferdsvansker, kan gjennomføres uten barnets samtykke.

Loven inneholder ingen begrensninger vedrørende hvilke frivillige hjelpetiltak som kan iverksettes. I departementets retningslinjer for hjelpetiltak, rundskriv Q-0982, er det uttalt at "Bare fantasien begrenser valg av tiltak". Også i Ot.prp. nr 64 (2004–05) s. 33 er det understreket at eksemplene på hjelpetiltak som er nevnt i § 4-4 ikke er uttømmende, og at nyutviklede tiltak som fungerer bra, bør anvendes:

”Dersom barnet har behov for andre tiltak enn de som er nevnt i § 4-4, er eksemplene ikke til hinder for at barnet gis andre tiltak. På samme måte er det fullt mulig å inkludere nyutviklede tiltak som viser seg å virke bra, blant de tiltak barnevernet tilbyr. Som det ble understreket i høringsnotatet vil departementet bidra til at nye tiltak blir omtalt og gjort kjent. Samtidig vil det fortsatt være slik at kommunene på eget initiativ må søke informasjon om nye tiltak i faglitteraturen og i faglige fora.”

Barnevernlovens § 4-12 annet ledd sier at omsorgsovertagelse ikke kan finne sted dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelp av hjelpetiltak. Det er imidlertid ikke et krav at hjelpetiltak må være forsøkt. Det er nok at hjelpetiltak er vurdert. Det følger av det ovenfor gjengitte fra Innst. O. nr. 80 (1991–92) s. 15 og har støtte i Rt. 1986 s. 1189 (på side

1193), hvor eventuelle hjelpetiltak ble vurdert som nytteløse.

7.6 Barnets beste

7.6.1 Barnets beste som vilkår for omsorgsovertagelse

Barnevernloven § 4-1 første ledd sier at ved anvendelse av bestemmelsene i barnevernlovens kapittel 4 skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste. At det skal legges avgjørende vekt på barnets beste, betyr at barnets interesse må gå foran foreldrenes når vilkårene i § 4-12 første og annet ledd er til stede. I Rt. 1984 s. 77 uttaler førstvoterende at når man må bygge på at en tilbakeføring vil kunne være til skade for barnet, må foreldrenes interesse vike for hensynet til barnets beste.

At det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste, innebærer ikke bare at man ved valget mellom ulike tiltak skal velge det som er best for barnet. Det innebærer også at det er et vilkår for at tiltak overhodet skal brukes, at det er til barnets beste. At det er et nødvendig vilkår for omsorgsovertagelse at det er til barnets beste, ble formulert slik i Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 44: "Departementet mener at plassering av barn utenfor hjemmet etter en ansvarsovertakelse bare skal kunne skje dersom den plassering som barneverntjenesten går inn for blir bedre for barnet enn at det blir boende i sitt eget hjem. Departementet er imidlertid kommet til at en slik bestemmelse er unødvendig i lovteksten, og foreslår bestemmelsen sløyfet." I Rt. 2006 s. 1308 (spalte 32) er dette prinsippet formulert som at alle tiltak som iverksettes, skal være til barnets beste.

Som en følge av at det skal legges avgjørende vekt på barnets beste, kan det forekomme tilfeller hvor det er alvorlige mangler ved den omsorg barnet får, og hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig til å gi barnet en tilfredsstillende omsorg, men hvor loven allikevel ikke hjemler omsorgsovertagelse. Dette fordi konsekvensene for barnet av en omsorgsovertagelse etter en helhetsvurdering fremstår som mere alvorlige enn manglene ved omsorgen.

Et eksempel på en sak hvor Høyesterett fant at det var alvorlige mangler ved den omsorg foreldrene kunne gi barnet, og hvor hjelpetiltak ikke ble vurdert som tilstrekkelig, men hvor

resultatet allikevel ikke ble omsorgsovertagelse, er saken i Rt. 1995 s. 447 (dissens 3-2). Førstvoterende var enig med sakkyndige i at faren neppe ville kunne gi sønnen den omsorg han ideelt sett burde ha, dersom vedtaket om omsorgsovertagelse ble opphevet. Samtidig var det ikke klart avklart om det fantes et fosterhjem som oppfylte de strenge krav som måtte stilles i tilfellet, og om det i tilfelle var mulig å etablere kontakt med en faginstitusjon uten for store praktiske problemer. Det var på faglig hold enighet om at det hadde vært uheldig for gutten med hans lærevansker at han flere ganger hadde skiftet skole.

Et annet eksempel er saken i Rt 2004 s. 999. En 12 år gammel gutt med alvorlige adferdsvansker var plassert i fosterhjem. Selv om det var betydelig usikkerhet om morens omsorgsevne, fant Høyesterett at mor skulle beholde omsorgen. Det ble lagt vekt på at oppholdet i fosterhjemmet hadde fungert dårlig, og at gutten hadde et sterkt ønske om å bo hos moren. At en situasjon hvor vilkårene for omsorgsovertagelse etter § 4-12 er oppfylt, men hvor en barnets beste-vurdering tilsier at omsorgen ikke overtas, vil være meget vanskelig, illustreres av følgende sitat fra den sakkyndige, gjengitt av førstvoterende i Rt. 2004 s. 999:

"Jeg ser ingen gode løsninger i denne saken. Alle alternativer innebærer farer for at en mislykkes og at Bs skjevutvikling fortsetter.

Jeg anser ikke kriteriet om at moren skal kunne gi B forsvarlig omsorg som innfridd. Det er ikke usannsynlig at hans omsorgssituasjon og hans atferd igjen kan gjøre en ny plassering utenfor hjemmet nødvendig. På den annen side mener jeg det er uforsvarlig å satse videre på dagens fosterhjemsplassering, den må anses som mislykket. Dette er mitt hovedargument for forslaget om opphevelse av omsorgen, det kan ikke anses å være til Bs beste."

7.6.2 Barnets beste som rettslig prinsipp

Barnets beste omtales i Prop. 106 L (2012–13) s. 82 som det overordnede prinsippet i barnevernet. Et eksempel på at barnets beste er et overordnet prinsipp, er at det i Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 28 er understreket at prinsippet om at det skal legges avgjørende vekt på barnets beste, også gjelder ved tiltak begrunnet i barnets adferd: "Også når barnet er sosialt mistilpasset, må det legges vekt på å finne løsninger som er til barnets beste. Det skal altså

ikke være barneverntjenestens oppgave å ta hånd om barnet for å verne samfunnet.”

Et eksempel på vektleggingen av barnets beste i en barnevernssak finner vi i kjennelsen i Rt. 2003 s. 1319. Saken gjaldt ikke tiltak etter barnevernloven kapittel 4, men prosessuelle spørsmål. Tvistetemaet var hvorvidt tingretten i en sak om omsorgsovertagelse og samværsrett kan ta stilling til foreldreansvaret, som også var avgjort av fylkesnemnda, men ikke brakt inn for retten. Høyesterett kom til at menneskelige hensyn tilsa at datteren i den situasjonen som forelå, burde slippe en opprivende barnevernssak som - hvis retten var uten kompetanse - måtte begynne i fylkesnemnda, med nye runder i rettsapparatet som en nærliggende følge. En forutsetning for at tingretten kunne ta stilling til ansvarsspørsmålet, var at partenes rett til kontradiksjon var ivaretatt.

I forarbeidene til tvisteloven (Ot.prp. nr. 51 (2004–05) s. 405) uttales det at det i barnevernssaker gjør seg gjeldende særlige hensyn, og at den rettsstilstand som er kommet til uttrykk i Rt. 2003 s. 1319, bør videreføres.

Barnets beste er et prinsipp som det skal legges vekt på i norsk rett også utenfor barnevernrettens område. FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) gjelder som norsk lov og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning (menneskerettsloven § 2 og 3). Barnekonvensjonens artikkel 3 første ledd sier krever at barnets beste skal tillegges stor vekt ved avgjørelser som berører barnet:

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Mens barnevernloven § 4-1 første ledd krever at barnets beste skal tillegges avgjørende vekt, sier barnekonvensjonen kun at barnets beste skal være et ”grunnleggende hensyn”. I det første forslaget til konvensjonstekst som ble vedtatt av arbeidsgruppen i 1980, ble artikkelen

formulert som at "... the best interests of the child shall be the paramount consideration"..¹⁸

Konvensjonsteksten noe modifisert, både når det gjelder vekingen av prinsippet og hvem som er adressat for prinsippet.¹⁹ Mens prinsippet om barnets beste ikke gis så sterk vekt i konvensjonen som i barnevernloven, har barnekonvensjonens artikkel 3 til gjengjeld større rekkevidde, da den ikke bare stiller krav til offentlige myndigheter, men også "private velferdsorganisasjoner".

7.6.3 Barnets beste - legislativ begrunnelse

Omsorgsovertagelse er et inngripende tiltak for både barn og foreldre. Når lovgiver har valgt å la interessen til den ene av de berørte parter, barnet, være avgjørende, er det grunn til å se på hvilke betraktninger som ligger til grunn for et slikt valg. For det første må det presiseres at det ikke er noen ren barnets beste-vurdering som finner sted i omsorgssaker. Det er ikke tilstrekkelig at det er til barnets beste at omsorgen overtas. Hjemmelen for omsorgsovertagelse finnes i § 4-12, og det er derfor nødvendig at vilkårene i § 4-12 er oppfylt. Dette er presisert i Rt. 1999 s. 1883:

"Etter barnevernloven § 4-1 skal barnevernsmyndighetene ved anvendelsen av bestemmelsene om tiltak etter lovens kapittel 4 legge «avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet». Det følger av denne bestemmelse at en avgjørelse om at det offentlige skal overta omsorgen for et barn, må være begrunnet med at dette er til barnets beste. Men det er ikke tilstrekkelig for at det offentlige skal overta omsorgen i slike tilfeller som barnevernsloven regulerer, at dette etter en totalvurdering fremstår som best for barnet. Som Høyesterett har påpekt i flere tidligere avgjørelser, bygger barnevernsloven på at barn normalt skal vokse opp hos foreldrene. Vilkårene for at det offentlige skal kunne overta omsorgen, er derfor strenge."

¹⁸ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (2008): Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge, side 48.

¹⁹ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (2008): Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge, side 49.

I forarbeidene til barnevernloven uttales det at foreldre og barn langt på vei har sammenfallende interesser. Barnas beste vil derfor ofte ikke komme i konflikt med foreldrenes interesser. Sosiallovutvalget skriver i NOU 1985: 18 pkt. 11.5.8.²⁰:

"Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna - kanskje problemer av alvorlig karakter - er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsetter en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.

Dette betyr ikke i seg selv en nedprioritering av barnets interesser. Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke. Dessuten medfører ansvarsovertagelse at barnet mister sine tidligere personlige kontakter. Flyttingen er en risiko som må tas i betraktning også fordi hjelpeapparatet ofte er begrenset eller ikke fungerer tilfredsstillende."²¹.

I det ovenfor gjengitte brukes antagelsen om at barn og foreldre langt på vei har sammenfallende interesser, som et argument for strenge grunnvilkår for omsorgsovertagelse. Men selv om det ikke er uttrykt i forarbeidene, gjelder argumentet også motsatt vei; en lovfesting av at det skal legges avgjørende vekt på barnets beste, vil langt på vei være forenlig med foreldrenes interesser.

Sandberg (2003) s. 53 tar for seg forarbeidene til barnevernloven av 1953. Sandberg konkluderer med at barnas egne interesser ikke var sterkt fremme under utarbeidelsen av loven. Barnevernkomiteen kom allikevel med en prinsipiell uttalelse om barns betydning i samfunnet, som fremhevet det samfunnsmessig lønnsomme i å verne om barna. Barnevernkomiteen understreket imidlertid at barnet også hadde en egenverdi i tillegg til det

²⁰ Ofstad og Skar (2009) s. 114

²¹ I NOU 1985: 18 omtaler Sosiallovutvalget "ansvarsovertagelse". Under Stortingets behandling av loven ble det endret til "omsorgsovertagelse", jf. Ofstad og Skar (2009) s. 114

samfunnsmessig lønnsomme i å investere i barna:²²

"Det er den følelse som ligger dypt i den menneskelige natur, at barnet i seg selv har og gir verdier, som oppveier strevet, uroen og utgiftene ved oppdragelsen".

Samfunnsnyttene ved å gi barn en god oppvekst er også fremme i NOU 2012: 5, hvor følgende sitat fra daværende statsråd Audun Lysbakken ble gjengitt (s. 31):

"Barn og unge som står godt rustet til å møte et framtidig voksenliv gir store økonomiske gevinster for samfunnet. Vista Analyse har i en rapport fra 2010 anslått at samfunnet tjener 1 milliard kroner dersom vi lykkes med å hjelpe 100 unge som er i risiko for å havne utenfor arbeidslivet. Å gi tidlig hjelp som virker er derfor en lønnsom investering for samfunnet."

Et annet argument for å vektlegge barnets interesse som fremføres i NOU 2012: 5, er at barn er spesielt sårbare og har behov det er spesielt viktig å beskytte. Utvalget skriver på side 30:

"Foreldre- og familiebeskyttelse kan ikke ha forrang når barns helse og utvikling blir skadet eller står i fare for å bli varig skadet. I slike tilfeller skal barnevernet ha plikt til å beskytte og hjelpe barnet. Primærhensynet til barnets helse og utvikling er nedfelt i så vel barnevernloven som Barnekonvensjonen. Bakgrunnen vår for å skjerpe problematikken er den motsetning som har eksistert og som fortsatt blir aktualisert, mellom hevdvunne foreldrerettigheter og barnets beste. Som det vil fremgå flere steder i utredningen, har det funnet sted en gradvis forskyvning fra å vektlegge foreldrerettigheter til å vektlegge barnets rettigheter, basert på ny innsikt i hvilke omsorgs- og tilknytningskvaliteter et barns utvikling er avhengig av."²³

²² Barnevernkomiteens innstilling 1951 s. 15, gjengitt av Sandberg (2003) s. 53

²³ I en fotnote vises det til Oppedal i NOU 2009: 22

7.6.4 Noen sider ved innholdet i "barnets beste"

7.6.4.1 En objektiv vurdering av hva som er barnets beste

Ordlyden i barnevernlovens § 4-1 første ledd første punktum - at det ved anvendelse av bestemmelsene i barnevernloven kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste, taler for en lovforståelse hvor retten i en sak om omsorgsovertagelse skal vurdere hva som objektivt sett er best for det konkrete barnet, uavhengig av andre forhold som foreldrenes interesser og deres personlige egenskaper. Jeg vil her gi noen eksempler på aspekter ved dette. Rettskildetilfanget knytter seg i noen av eksemplene ikke til barnets beste-vurderingen, men til terskelvurderingen. Jeg har allikevel funnet det hensiktsmessig å samle eksemplene under behandlingen av barnets beste, som eksempler på aspekter ved den konkrete vurderingen av hva som objektivt sett er til barnets beste.

Det at barnets beste skal være det avgjørende, innebærer at avgjørelsen av hvorvidt barnevernet skal ta over omsorgen for barnet, skal skje uavhengig av foreldrenes subjektive forhold og deres eventuelle skyld i mangler som har vært ved omsorgen. Foreldrenes personlige egenskaper er kun relevante i den grad de kan anføres i den ene eller den andre retning i bevisvurderingen når det skal tas stilling til hva som er barnets beste. I Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 43 sies det om § 4-12 første ledd alternativ d at det er foreldrenes evne til omsorg som skal vurderes, ikke foreldrenes tilstand eller personlighetstrekk i og for seg.

I tilbakeføringssaken i Rt. 1991 s. 1335 anførte den private part at i saken, hvor byretten hadde lagt til grunn at vilkårene for omsorgsovertagelse ikke var til stede da vedtaket om omsorgsovertagelse ble fattet, måtte vedtaket uten videre bli å oppheve som et ugyldig forvaltningsvedtak. Det var Høyesterett ikke enig i. Førstvoterende uttalte at avgjørelsen om tilbakeføring måtte skje på grunnlag av en prøvelse av den virkning en tilbakeføring vil ha for barnet. Også i Rt. 2005 s. 624 og i tilbakeføringssaken i Rt. 1991 s. 170 ble det lagt til grunn at avgjørelsen skal treffes på grunnlag av de faktiske forhold slik de er på tidspunktet for overprøvelsen.

Vurderingen av hva som er barnets beste, skal foretas ut fra det enkelte barns behov. Det er bl.a. kommet til uttrykk i ordlyden i § 4-12 første ledd bokstav a, annet alternativ, hvor det

omtales alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet barnet trenger etter sin alder og utvikling. I kapittel 3.4.3 viser jeg til høyesterettsdommer hvor det poengteres at det aktuelle barnet er sårbart, og at det stiller ekstra store krav til foreldrenes omsorgsevne dersom barnet skal flyttes hjem til foreldrene.

7.6.4.2 En rettslig standard i utvikling

"Barnets beste" er et eksempel på en rettslig standard, det vil si et rettslig begrep som innebærer at normer utenfor begrepet selv er avgjørende for hvordan det skal tolkes og anvendes.²⁴ Slike standarder kan endre innhold i takt med samfunnsutviklingen.

I Ot.prp. nr. 69 (2008–09) s. 5 er det understreket at begrepet barnets beste er et begrep som er i utvikling: "Hva som til enhver tid anses som barnets beste, er i stadig utvikling. Utviklingen av de faglige vurderingene styres blant annet av ny forskning, systematisert kunnskap og endringer i kulturelle normer". I kapittel 3.3 vil jeg se nærmere på en rettskildemessig problemstilling knyttet til utviklingen av den rettslige standarden "barnets beste"

7.6.4.3 Barnets egen mening

I en barnevernssak kan det være konflikt mellom barnets subjektive og objektive interesse. Barnet kan ha en uttalt mening om hva det ønsker og hva det mener vil være det beste for seg selv, mens retten/fylkesnemnda kan ha en annen oppfatning om hva som vil være barnets beste. Det er derfor nødvendig å ta stilling til hvilken grad av paternalisme man skal anvende i omsorgssaker.

Begrepet barnets beste er i liten grad avgrenset i selve loven. Men det finnes to bestemmelser i barnevernloven som sier noe nærmere om hva man skal legge vekt på når man skal avgjøre hva som er til barnets beste. Den ene finner vi i § 4-1, hvor første ledd annet punktum sier at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

²⁴ Fleischer (1998) s. 95

Den andre bestemmelsen er lovens § 6-3, hvor første ledd sier at et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas en avgjørelse i en sak som berører barnet. Annet punktum sier at barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

Barnets mening vil være ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering. Det innebærer at barnets mening ikke nødvendigvis skal ha avgjørende betydning. Det kan være andre tungtveiende argumenter som nødvendiggjør en annen løsning.²⁵

Et eksempel på at barnets syn ikke tillegges avgjørende vekt, er dommen i Rt. 1987 s. 289. Begge barna på 10 og 11 år hadde gitt uttrykk for ønske om å flytte tilbake til foreldrene. Allikevel ble det omsorgsovertagelse. Høyesterett uttaler på s. 301:

"Selv om ønsket kan være reelt nok, kan jeg ikke se at det i den foreliggende situasjon vil være riktig å legge avgjørende vekt på det. Jeg er enig med herredsretten i at barna vanskelig kan se konsekvensene av det valg det er tale om. Og slik denne sak ligger an, ville det etter min mening ikke være til barnas beste om de selv skulle treffe dette valg."

Saken i Rt. 1998 s. 1702 gir et eksempel på at retten stiller seg tvilende til i hvilken grad barnets uttalte mening er et uttrykk for barnets egentlige ønske:

"I vår sak mener jeg det er grunnlag for atskillig tvil om i hvilken grad C og Ds utsagn er uttrykk for en egentlig mening hos dem. Den lojalitet som barn vanligvis føler overfor sine foreldre, kan generelt skape tvil i omsorgssaker."

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 45 (2002–03) s. 32. Ot.prp. nr. 45 (2002–03) er en del av forarbeidene til endringslov 86/2003. Som en del av inkorporeringen av Barnekonvensjonen ble aldersgrensen for barns rett til å uttale seg senket fra 12 til 7 år, og retten ble utvidet til flere avgjørelsestyper. Det er imidlertid intet i Ot.prp. nr. 45 (2002–03) som tyder på at departementet mente at barnets mening skulle tillegges store vekt enn tidligere (side 29-33).

Et annet eksempel på at Høyesterett har vurdert hvor reelle barnets synspunkter er, er saken i Rt. 2004 s. 1046. Saken gjaldt samvær, men saken har relevans også i omsorgssaker, da førstvoterendes resonnement gikk på forhold som påvirkning av barnet, hvor sterkt barnets ønske var og hva som var årsaken til det – temaer som er relevante også i en sak om omsorgsovertagelse.

"Det er ingen holdepunkter for å anta at Cs uttalelser er påvirket av noen form for lojalitetskonflikt i forhold til fosterforeldrene. Disse har tvertimot positivt tilskyndet C for at samværene skulle fungere på en best mulig måte. Selv om C står noe tilbake i sin utvikling i forhold til alderen, er det ikke tvilsomt om hun forstår hva samværene konkret innebærer. Men den betraktning at det - særlig sett i et lengre tidsperspektiv - generelt sett kan være fordelaktig å ha opprettholdt kontakten med de biologiske foreldre, kan hun selvsagt ikke ha innsikt i. Hvor stor vekt man bør legge på hennes motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den."

Et eksempel på at barnets mening er blitt tillagt en egenvekt, er dommen i Rt. 2004 s. 999. Høyesterett var i tvil om hvor vidt guttens ønske om å bli tilbakeført til sin mor var fornuftig, men kom til at en omsorgsovertagelse mot guttens vilje i dette tilfellet kunne være uforsvarlig:

"Etter barnevernloven § 6-3 skal det legges vekt på barnets mening 'i samsvar med barnets alder og modenhet'. Jeg er enig med barneverntjenesten i at det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for hans standpunkt - dels fordi han synes påvirket av morens holdning, og dels fordi han ikke innser hennes svakheter som omsorgsperson. Men selv om dette reduserer den selvstendige vekt av hans standpunkt, har standpunktet likevel stor betydning for om det er forsvarlig å opprettholde omsorgsovertakelsen. Med morens påvirkningskraft på ham er det liten utsikt til at standpunktet vil bli endret. Dermed er det en betydelig fare for at hans motstand mot omsorgsovertakelsen vil øke i styrke, slik at situasjonen lett vil bli stadig verre jo lengre fosterhjems plasseringen består."

7.6.4.4 Barnets kortsiktige og langsiktige interesse

En avveining som kan være aktuell i omsorgssaker, er avveiningen mellom det som på kort sikt fortoner seg som barnets beste, og hva som på lengre sikt vil være nyttig for barnet. I NOU 2012: 5 s. 33 gjengir utvalget en uttalelse fra Gording Stang som også berører konflikten mellom hva som i øyeblikket er til barnets beste, og hva som på lengre sikt er til barnets beste:

"Det er i de tilfellene interessene skiller lag at de interessante, rettslige problemene oppstår. Det er da lovgiver og praktikere må ta de vanskelige valgene og fatte beslutninger som kan oppleves som et onde for foreldrene, og noen ganger også for barnet, men som er ment som et gode for barnet på sikt."

I saken i Rt. 1987 s. 578 uttaler førstvoterende (på side 587) at det må skje en avveining mellom mulig vinning på lang sikt mot sikre problemer på kort sikt: "Flytting kan etter § 27 bare skje av hensyn til barnets velferd. Det vil måtte skje en vurdering av den mulige vinning som kan oppnås på lengre sikt, mot sikre problemer på kort sikt. Det må også tas hensyn til den fare for langsiktige skadevirkninger som utvilsomt er til stede hvis man ikke får til en betryggende overføring, og som man neppe heller kan se helt bort fra selv om selve overføringen gjennomføres så godt det lar seg gjøre."

Konflikt mellom barnets kortsiktige og langsiktige interesse kan ha relevans med hensyn til hvor stor vekt man skal legge på empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse fra foreldrene. Sverre Kvilhaug har skrevet boken "Adskillelse barn og foreldre" (2005). Kvilhaug refererer i boken til forskning om negative konsekvenser av adskillelse fra foreldrene og argumenterer for at barnevernet overtar omsorgen for barn i for mange tilfeller.

Flere av de empiriske undersøkelser som Kvilhaug viser til, dreier seg om virkninger av adskillelse som manifesterer seg først når barnet er voksent. Det gjelder bl.a. en henvisning til Bo Vinnerljungs forskning (s.108). Det vises til at den svenske forskeren Bo Vinnerljung i en avhandling gikk gjennom den internasjonale barnevernforskningen og foretok egne søskenundersøkelser (Fosterbarn som vuxna. Arkiv förlag, Lund, 1996). Kvilhaug

opsummerer Vinnerljungs arbeide med at den samlede forskningen viste at barna kom enten dårligere ut ved fosterhjemsplassering og i beste fall like bra som om de hadde fortsatt å bo hjemme.

Bendiksen tar opp problemstillingen i sin bok ”Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon” (2008). Bendiksen sier seg enig (s. 409) med Sandberg 2003 i at målsetningen med barnevernets arbeide må være både en bedre barndom og et bedre liv som voksen, men med en særlig vekt på barndommen.

Bendiksen (s. 409) mener at Kvilhaug går altfor langt i å argumentere mot omsorgsovertagelse ut fra at undersøkelser viser at det ikke nødvendigvis går bedre med barna om de blir omsorgsovertatt eller om de forblir i hjemmet. Bendiksen begrunner det med at barn har rett til forsvarlig omsorg i oppveksten, uavhengig av om det nødvendigvis går bedre med barna som voksne.

I tilfeller hvor barnet ikke får forsvarlig omsorg, men man finner grunn til å anta at barnet på lang sikt vil komme like godt (eller dårlig) ut om barnevernet overtar omsorgen eller ikke, vil en omsorgsovertagelse være det riktige etter barnevernlovens § 4-1 og 4-12. Hvis man derimot kommer til at barnet ikke får forsvarlig omsorg, selv med hjelpetiltak, samtidig som det er grunn til å anta at barna på lengre sikt kommer dårligere ut ved fosterhjemsplassering, har man et dilemma som det må tas stilling til.²⁶

Etter min mening kan det vanskelig sies noe generelt om hvor stor vekt man skal legge på barnets kortsiktige interesse. Uttalelsen i Rt. 1987 s. 578 sier også lite om avveieingen, ut over at det må foretas en avveieing. Det beste man kan gjøre, er antagelig å finne en verdimessig

²⁶ Kvilhaug (2005) s. 108 argumenterer for at forskningen tyder på at barn risikerer å komme dårligere ut på lang sikt. Jeg går her ikke inn på en debatt om i hvilken grad man kan gå ut fra at det er riktig. I kapittel 3.4 vil jeg komme tilbake til diskusjonen om hvor stor vekt man bør legge på generell empirisk kunnskap. Her tar jeg bare for meg de verdivalg som må tas stilling til ved eventuell konflikt mellom barnets kortsiktige og langsiktige interesse.

målestokk for avveieingen, jf Ot.prp. nr. 69 (2008–09) s. 5 om kulturelle normer.²⁷

7.6.4.5 Sannsynlighets- og risikobetraktninger

En tredje problemstilling gjelder hva som skal anses å være barnets beste i situasjoner hvor det er usikkerhet om de faktiske forhold. Det gjelder ikke minst ved usikkerhet om hva som vil skje i fremtiden. Når det gjelder beviskravet, kan det vises til dommen i en samværssak inntatt i Rt. 2004 s. 1046:

"Det kan ikke stilles opp et strengere beviskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å kunne legge til grunn at skaden skyldes en eller annen form for mishandling fra en eller begge foreldrenes side. De hensyn som tilsier et skjerpet beviskrav for et belastende forhold i for eksempel erstatningssaker og forsikringssaker, gjør seg ikke gjeldende i denne type saker. Det er ikke her spørsmål om å påføre foreldrene noen form for sanksjon, men å ta stilling til hvilken risiko for skader og belastninger et barn skal utsettes for."

Begrunnelsen Høyesterett gav for å legge til grunn et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, taler for at det samme gjelder ved omsorgsovertagelse. Dette legger også Ofstad og Skar (2009) s. 121 til grunn. Et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt synes å være allment anerkjent i litteraturen (Lindboe (2012) s. 56).²⁸ I NOU 2012: 5 s. 73-74 skriver utvalget at kommunen må føre bevis for at lovens vilkår er oppfylt i omsorgssaker, og at det er antatt i teorien at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det er intet i forarbeidene til endringslov 63/2013 som tyder på at lovgiver har hatt til hensikt å endre kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kan derfor legges til grunn at beviskravet ved omsorgsovertagelse er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

²⁷ Et eksempel på at en etisk teori kan anvendes for å ta stilling til hva som er best for ett individ, er når John Rawls (1971) s. 407 flg. anvender den samme metoden som han bruker i sin kontraktteori til å vurdere hva som må være det beste for ett menneske i sitt livsløp.

²⁸ Dette gjelder ikke saker etter barnevernloven § 4-12 første ledd alternativ d, hvor det stilles krav om overveiende sannsynlighet.

En konstatering av at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, sier imidlertid langt fra alt om hvilken konklusjon man skal trekke når det ikke er visshet om hvilke fordeler og ulemper de ulike alternativene vil medføre for barnet. I saken i Rt. 1982 s. 1637 er problemstillingen uttrykt slik: "Løsningen må bygges på en rekke momenter av skjønnsmessig karakter, og man må søke å danne seg et bilde av hvordan fremtiden vil arte seg for gutten under de forskjellige alternativer." Det kan tenkes en situasjon hvor det ene alternativet, for eksemplets skyld at barnet blir hos foreldrene, med 60 % sannsynlighet vil slå ut best for barnet. Samtidig kan vi tenke oss at det er 40 % sannsynlighet for at det å forbli i hjemmet vil slå meget dårlig ut for barnet. Å sette tallverdier på barnets nytte i en slik sammenheng kan kun gjøres billedlig og som en usikker tilnærming, men kan brukes for å anskueliggjøre en valgsituasjon. La oss tenke oss at det å bli i hjemmet med 60 % sannsynlighet vil gi barnet en nytteverdi som settes til 10 og med 40 % sannsynlighet en nytteverdi på 1. For omsorgsovertagelse er de tilsvarende verdiene hhv. 6 og 8. For det å forbli i hjemmet er den forventede verdien for barnet $0,6 \times 10 + 0,4 \times 1 = 6,4$. For omsorgsovertagelse er den $0,4 \times 8 + 0,6 \times 6 = 6,8$. Mens det er sannsynlighetsovervekt for at omsorgsovertagelse vil slå dårligst ut, kan det anføres at omsorgsovertagelse i dette tilfellet alt i alt vil være det beste valget.²⁹

I det konstruerte tilfellet over var det bare 40 % sannsynlighet for at en omsorgsovertagelse ville falle best ut for barnet. Allikevel kan det argumenteres for at omsorgsovertagelse er til barnets beste. I NOU 2012: 5 s. 76 er kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt formulert som at det må anses mere sannsynlig at lovens vilkår for omsorgsovertagelse er oppfylt, enn at lovens vilkår ikke er oppfylt. Det som kreves, er med andre ord ikke sannsynlighetsovervekt for at omsorgsovertagelse faktisk vil falle best ut for barnet, men for at vilkårene, herunder at omsorgsovertagelse er til barnets beste, er oppfylt. Hva som er til barnets beste vil derfor kunne avhenge av betraktninger om hvilken risiko som kan aksepteres ved usikkerhet.

I teori, forarbeider og rettspraksis er det uttalt at man skal unngå å skape risiko for barnet. I

²⁹ For et eksempel på at en slik beregning av forventet nytte legges til grunn på rettsområder hvor man kan operere med tallverdier, se Hagstrøm: Obligasjonsrett (2011) s. 63.

dommen i Rt. 1991 s. 668 gjengis følgende fra en av de sakkyndige: "Det valget man nå skal gjøre for S skal være det som er det beste for ham, og slik jeg ser det blir det her det som totalt sett virker å være det minst risikofylte, begge alternativer har positive momenter og risikosider." Flertallet i Høyesterett uttalte i dommen at "... det sier seg selv at hvilken risiko som kan aksepteres, vil sammenheng med hvor alvorlig skade det er tale om."

Resultatet i saken ble ikke i tråd med den sakkyndiges anbefaling. Derimot uttrykte førstvoterende at han la stor vekt på de sakkyndiges vurderinger, og en uttalelse fra førstvoterende kan tyde på at retten deler det syn at det skulle legges vekt på å minimere risiko: "Begge de sakkyndige for Høyesterett har altså - som også de sakkyndige for byretten - gitt uttrykk for at det er minst risiko ved fortsatt opphold i fosterhjemmet."

Haugli 2000, side 320 viser til høyesterettsdommen i Rt. 1989 s. 320. Her uttaler Høyesterett at det ved fare for incest "overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold. Dommen gjaldt omsorgsrett etter barneloven, men de samme hensyn til å unngå risiko gjør seg gjeldende i barnevernssaker.

I saken i Rt. 1990 s. 239 sluttet Høyesteretts ankeutvalg seg til lagmannsrettens lovtolkning hvor lagmannsrettens flertall la til grunn at det var usikkert om barnet hadde vært utsatt for seksuelle overgrep, men at hensynet til barnets beste allikevel tilsa at det ikke ble fastsatt bestemmelse om midlertidig samværsrett. Også denne kjennelsen gjaldt en sak etter barneloven.

7.7 Menneskerettslovens betydning for gjeldende rett i saker om omsorgsovertagelser

7.7.1 Menneskerettighetene som skranke for omsorgsovertagelse

Hittil har jeg sett på tre kumulative krav som må være oppfylt for at det skal kunne treffes vedtak om omsorgsovertagelse: Det må være alvorlige mangler eller en alvorlig risiko knyttet til barnets omsorgssituasjon, omsorgsovertagelsen må være nødvendig, og den må være til barnets beste.

Også menneskerettsloven setter skranker for bruk av omsorgsovertagelse. Menneskerettslovens § 3 sier at bestemmelsene i de protokoller og konvensjoner som er nevnt i lovens § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Lovens § 2 nevner fem konvensjoner som skal gjelde som norsk lov i den grad de er bindende for Norge. I barnevernssammenheng er det særlig tre av de fem konvensjonene som er relevante. Det er:

- Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)
- FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
(barnekonvensjonen/BK)
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)

EMK artikkel 8 punkt 1 sier at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Bestemmelsens punkt 2 sier at det ikke skal skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet, unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, eller for å beskytte andres rettigheter eller friheter.

En omsorgsovertagelse er et inngrep i retten til privatliv og familieliv, både barnets og foreldrenes privatliv og familieliv, og må derfor tilfredsstille kravene i EMK artikkel 8 punkt 2. Barnevernloven § 4-12 hjemler omsorgsovertagelse hvis vilkårene i § 4-12 sammenholdt med § 4-1 første ledd er oppfylt, og kravet til lovhjemmel er derfor oppfylt i disse tilfellene.

Ved fastsettelsen av hva som er gjeldende rett på menneskerettighetslovens område, vil praksis ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) ha stor betydning. I plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 uttalte Høyesterett seg om vekten av avgjørelser i EMD. Førstvoterende uttalte at norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD. I dommen ble det vist til menneskerettslovens forarbeider, Innst.O.nr.51 (1998–99) side 6: I innstillingen ble det fremhevet som «det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogelig grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».

Samtidig som norske domstoler skal anvende samme metode som EMK, skal norske

domstoler ikke tolke konvensjonen dynamisk. Førstvoterende skriver på side 1007:

"Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkingsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler - innenfor den metode som anvendes av EMD - også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid."

Høyesterett har vurdert om EMK stiller strengere vilkår for en omsorgsovertagelse enn det barnevernloven gjør, i saken i Rt. 2002 s. 875. Retten kom til at det ikke var tilfelle: "Den ankende part har vist til EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv, og det er særlig vist til avgjørelse av Menneskerettighetsdomstolen (EMD) 27. april 2000 i saken K. og T. mot Finland, en sak som ble brakt inn for The Grand Chamber og avgjort der 12. juli 2001 (EMD-1994-25702-2). Jeg kan ikke se at de rettigheter som følger av EMK artikkel 8 går lenger eller er andre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertagelse etter barnevernloven. Slik jeg ser det, vil min drøftelse og anvisninger være avgjørende også i forhold til EMK artikkel 8."

Det uttalte fra Høyesterett i Rt. 2002 s. 875 taler for at menneskerettighetslovens § 2 og 3 sammenholdt med EMK artikkel 8 ikke utgjør et fjerde vilkår som går lenger enn de tre vilkårene for omsorgsovertagelse i barnevernloven.

En annen konvensjonsartikkel som setter skranker for bruken av omsorgsovertagelse, er Barnekonvensjonens artikkel 9. Artikkelens første ledd sier at:

1. Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og

saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste. Slik beslutning kan være nødvendig i særlige tilfeller som f.eks. ved foreldrenes mishandling eller vanskjøtsel av barnet, eller dersom foreldrene lever atskilt og det må treffes en avgjørelse om hvor barnet skal bo.

Heller ikke denne bestemmelsen oppstiller vilkår for en omsorgsovertagelse som ikke allerede følger av norsk rett. Kravet om at et vedtak om omsorgsovertagelse skal kunne overprøves rettslig, følger av barnevernloven § 7-24 første ledd. Kompetent myndighet er fylkesnemnda etter § 4-12 tredje ledd. At en omsorgsovertagelse må være i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, er tautologisk en del av norsk rett. Og kravet om at en omsorgsovertagelse skal være til barnets beste, følger av barnevernlovens § 4-1 første punktum.

7.7.2 Menneskerettslovens krav til beskyttelse av barnet

Over har jeg sett på menneskerettsloven som skranke for omsorgsovertagelse. Konvensjonene tilhenvist i menneskerettsloven gir også statene plikter til å beskytte barnet. Ingen av bestemmelsene i konvensjonene pålegger direkte statene å overta omsorgen for barn. Derimot kan omsorgsovertagelse rent praktisk være den eneste mulighet til å beskytte barnet mot vanskjøtsel eller mishandling, slik at konvensjonene i praksis stiller krav om omsorgsovertagelse

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har i flere saker slått fast at EMK pålegger statene handleplikter for å forsikre at barn ikke blir utsatt for handlinger fra foreldrenes side som strider mot EMK artikkel 3.³⁰ EMK artikkel 3 sier at "Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff".

I saken A mot Storbritannia (1998) hadde en ni år gammel gutt gjentatte ganger blitt straffet av sin stefar med harde slag med en stokk³¹. Det ble reist straffesak mot stefaren, men han ble frikjent da dommeren i sin rettsbelæring åpnet for at slagene kunne være innenfor grensene for den tillatte refselsesrett i Storbritannia. EMD kom til at Storbritannia ikke hadde sørget for

³⁰ NOU 2009: 22 s. 114 med videre henvisninger til rettslitteraturen

³¹ Ibid

tilstrekkelig beskyttelse av barnet:

"The Court considers that the obligation of the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (...). Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see, ...; and also the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 19 and 37)."

En annen konvensjonsbestemmelse som stiller krav til myndighetenes beskyttelse av barn, er Barnekonvensjonen artikkel 19. Bestemmelsens første ledd sier at partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.

Nevnes kan også SP artikkel 24, hvor første ledd sier at ethvert barn uten forskjellsbehandling av nærmere angitte slag skal "ha rett til slike beskyttelsestiltak fra familiens, samfunnets eller statens side som dets stilling som mindreårig krever."

8 Betydningen av empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse fra foreldrene for gjeldende rett

8.1 Adskillelse i Høyesteretts praksis

Søk på Lovdata viser at det er 25 saker hvor Høyesterett har overprøvet førstegangsvedtak om

omsorgsovertagelse³². Sakene spenner over et tidsrom fra 1982 til 2006. Jeg vil her se på hvilken betydning Høyesterett har tillagt adskillelse fra foreldrene, og hvilken betydning Høyesterett har tillagt empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse.

Gjennomgangen viste at de sakene hvor virkningen av en adskillelse ble drøftet, hovedsakelig var saker hvor barnet over tid hadde bodd i fosterhjem, slik at det reelt sett dreiet seg om en tilbakeføring. I en omsorgssak som går helt til Høyesterett, vil det gå med tid, og for de yngste barna kan det ha stor betydning for hvem det knytter seg til. I flere tilfeller omtaler Høyesterett fosterforeldrene som barnets psykologiske foreldre når barnet har bodd i lengre tid i fosterhjem og opplever fosterforeldrene som sine foreldre, jf. det gjengitte fra Rt. 1986 s. 1189 under. Det kan i denne sammenheng nevnes at av plasseringsalternativene i barnevernloven § 4-14 er fosterhjem det som er klar mest brukt.³³

I samtlige av de 25 sakene gikk det minst ett år og ni måneder fra fylkesnemnda (eller et tilsvarende organ etter barnevernloven av 1953) fattet sitt vedtak til dom falt i Høyesterett. Det er ikke ensbetydende med at barnet hadde bodd så lang tid i fosterhjem, da det kan ta noe tid før vedtaket blir iverksatt.

Mens alle de 25 sakene var saker om omsorgsovertagelse, var flere av sakene reelt sett tilbakeføringssaker i den forstand at retten la vekt på barnets tilknytning til fosterhjemmet og problemer med å flytte barnet fra fosterhjemmet. I 13 av sakene³⁴ drøftet retten problemene ved adskillelse fra fosterforeldrene. I to av sakene, Rt. 1986 s. 1189 og Rt. 1991 s. 1090, finner vi uttalelser om generell kunnskap om konsekvensene av en adskillelse. Når det gjelder den rettskildemessige betydningen av disse to dommene, kan det bemerkes at de begge ligger

³² Rt. 1982 side 764, Rt. 1986 side 1189, Rt. 1987. side 52, Rt. 1987 side 289, Rt. 1987 side 578, Rt. 1990 side 946, Rt. 1991 side 624, Rt. 1991 side 1090, Rt. 1991 side 1355, Rt. 1993 side 671, Rt. 1994 side 568, Rt. 1994 side 805, Rt. 1994 side 1105, Rt. 1995 side 350, Rt. 1995 side 447, Rt. 1996 side 1203, Rt. 1998 side 1702, Rt. 1999 s. 1883, Rt. 2002 side 327, Rt. 2002 side 875, Rt. 2004 side 999, Rt. 2004 side 1683, Rt. 2005 side 624, Rt. 2006 side 1308 og Rt. 2006 side 1672

³³ Jf. statistikk gjengitt i NOU 2012: 5 s. 89

³⁴ Rt. 1986 side 1189, Rt. 1987. side 52, Rt. 1987 side 578, Rt. 1990 side 946, Rt. 1991 side 624, Rt. 1991 side 1090, Rt. 1991 side 1355, Rt. 1993 side 671, Rt. 1994 side 805, Rt. 1995 side 350, Rt. 2002 side 327, Rt. 2002 side 875 og Rt. 2004 side 1683

langt tilbake i tid, og at det er mange nyere dommer som tar stilling til vedtak om omsorgsovertagelse. I flere av de andre sakene har Høyesterett foretatt en konkret vurdering av ulempene ved å flytte barnet fra dets omsorgspersoner. Jeg viser under også til disse sakene, da de viser at konsekvensene av adskillelse gjentatte ganger har blitt vurdert i Høyesteretts praksis.

I saken i Rt. 1986 s. 1189 var barnet blitt tatt fra foreldrene like etter fødselen høsten 1984. Høyesteretts dom falt i november 1986, omtrent to år senere. Høyesterett siterte de sakkyndige på at foreldrenes omsorgsevne var bedret siden omsorgen for barnet ble overtatt, og at foreldrenes muligheter for å gi omsorg til barn i sin alminnelighet var noenlunde tilfredsstillende. Samtidig siterte Høyesterett de sakkyndige på at en tilbakeføring til foreldrene ville medføre et skadelig brudd med fosterforeldrene, som barnet hadde levd sammen med praktisk talt hele livet:

"C på sin side har maktet å knytte seg godt til sine fosterforeldre og er en på alle måter velfungerende liten gutt. Et brudd med fosterforeldrene vil for ham representere et traume som vil få sikre utviklingsmessige konsekvenser på kort sikt, men også langsiktige konsekvenser hvis han ikke blir møtt på en meget forstandig og innsiktsfull måte av sine biologiske foreldre.

Om de biologiske foreldre vil være i stand til å gi gutten den spesielle omsorg et brudd med hans psykologiske foreldre vil kreve, er et åpent spørsmål."

Høyesterett gjenga så omfattende fra de sakkyndiges omtale av hva psykologisk vitenskap generelt sier om virkningene av en adskillelse for et barn på den alder det aktuelle barnet var i, ca. to år:

"Den oppgaven et hvert barn på C's alder utviklingsmessig står overfor, er å videreutvikle en relativt primitiv jeg-følelse til en konsistent opplevelse av seg selv som avgrenset og adskilt fra sine nærmeste, samtidig som det beholder tryggheten til og avhengigheten av disse. Med jeg-følelse menes i denne sammenheng det å oppleve seg selv som sentrum for egne handlinger, en opplevelse det tar normalt vel tre år å etablere. For at en normal (sunn)

utvikling skal finne sted kreves det et balansert samspill mellom barnets gradvis økende mestringsevne med derav følgende utfoldelsestrang og foreldrenes (særlig mors) evne til å gi barnets utfoldelse adekvat spillerom, hele tiden innenfor en ramme som barnet opplever som trygt. Poenget er at denne rammen er skapt og skapes gjennom den gjensidige tilknytningen som et psykologisk barn-foreldre-forhold konstituerer. Sagt på en annen måte, representerer foreldres engasjement og emosjonelle involvering med barnet de to første leveårene forutsetningen for barnets egen tillit til seg selv, en tillit som er av avgjørende betydning for dets videre utvikling. Men da dette fundamentet eller denne basis for videre utvikling utgjøres av barnets *forhold* til sine foreldrefigurer, kan dette forholdet ikke brytes uten at også fundamentet for barnets videre personlighetsutvikling vakler. Derfor blir et brudd med foreldrefigurer som barnet har knyttet seg godt til, langt mere traumatisk enn om forholdet har dårligere kvalitet, samtidig som barnet i det gode forhold har flere ressurser å tære på.

I et ubrutt, godt forhold kan barn i den alderen C er i, bruke sin psykiske energi til å utforske verden og gå opp grensen mellom seg og omverden og utvikle aldersadekvate ferdigheter. Et brudd i denne alder vil alltid bety at energi trekkes tilbake fra utforskende virksomhet for i stedet og benyttes til å etablere nye forhold til andre mennesker, altså bruke kreftene sine på å skape et nytt forhold i stedet for å bygge videre på det eksisterende fundament.

Utviklingsmessig vil et brudd på dette alderstrinn *alltid* representere et traume som setter barnet tilbake både hva gjelder intellektuell og sosial mestringsevne og til en viss grad også hva gjelder utviklingen av motoriske ferdigheter. Senvirkningene avhenger av mange faktorer og er vanskelig å predikere for hvert enkelt tilfelle, men av avgjørende betydning for å minske senvirkningene er kvaliteten i forholdet til de som trer i de psykologiske foreldres sted. Deres evne til å møte det fortvilte og *protesterende* barnet som vil uttrykke sin fortvilelse ved trass og regressiv adferd, dvs. væremåter som er typiske for tidligere utviklingstrinn enn der barnet hadde nådd inntil det opplevde traumet, anser man innenfor psykologisk/psykiatrisk vitenskap å være svært avgjørende for hvorledes barnet vil være i stand til å mestre tapsopplevelsen og tørre å knytte seg følelsesmessig til et nytt sett av foreldre. Fortvilelsen, protesten, trassen og regressiviteten er de reaksjoner man med sikkerhet kan forvente at barnet vil fremvise som umiddelbare reaksjoner på tapet av sine psykologiske foreldre. At disse reaksjonene blir møtt og tatt vare på av barnets nye foreldre på en god og innsiktsfull måte er en nødvendig, men

ikke alltid tilstrekkelig, forutsetning for å hindre at bruddet skal få dyptgående konsekvenser for barnets personlighetsdannelse. Å bryte et forhold mellom et barn på C's alder med dets tilknytningspersoner innebærer alltid en betydelig risiko for utviklingsmessige senskader av psykologisk natur."

Det ovenfor gjengitte er ikke førstvoterendes egne ord, men gjengivelse fra de sakkyndige. Det er imidlertid tydelig at de sakkyndiges henvisning til psykologisk kunnskap om virkningene av adskillelse inngikk som en del av begrunnelsen for ikke å tilbakeføre barnet til biologiske foreldre. Førstvoterende viser mot slutten av dommen til de sakkyndiges uttalelse om at C på grunn av de reaksjoner som barnet må ventes å utvikle ved et miljøskifte, vil stille særlig store krav til foreldrenes omsorg for barnet.

I saken i Rt. 1991 s. 1090 hadde barnevernet tatt over omsorgen for barnet da det var tre måneder gammelt. Fra barnet var fem måneder gammelt, hadde det bodd hos fosterforeldrene. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at faren for problemer som følge av adskillelse fra fosterforeldrene medførte at det ikke var riktig å tilbakeføre barnet til biologisk mor.

Begge de sakkyndige påpekte at barnet var sårbart for brudd i sin forankring. Førstvoterende gjenga fra den ene sakkyndige:

"... et brudd med foreldrene i den alderen D1 er i, vil med stor sannsynlighet skape en grunnleggende utrygghet hos henne om det går an å stole på noen. En slik tvil vil kunne prege hennes forhold til andre mennesker resten av livet og vanskeliggjøre senere nære forhold.

Et barn som mister sine omsorgspersoner vil reagere regressivt, dvs. falle tilbake til et utviklingsnivå det har passert. Det vil også som regel vise sin fortvilelse over tapet av sine nærmeste ved protest, sinne og tristhet."

Førstvoterende kommer så med en vurdering av hvilken relevans generell kunnskap har for dette konkrete tilfellet: "Selv om de virkninger psykolog Rønbeck omhandler er av generell

karakter og ikke knyttet til spesielle forhold ved D1s personlige utrustning og utvikling, er dette etter min mening like fullt et reelt problem knyttet til en tilbakeføring av D1, som må tillegges betydning."

Saken i Rt. 1987 s. 52 gjaldt et nesten to og et halvt år gammelt barn som hadde bodd i fosterhjem i to år. Kommunen ville at barnevernet skulle overta foreldreansvaret for barnet. Foreldrene krevet omsorgen for barnet tilbakeført til seg. Høyesterett kom til at barnet fortsatt skulle være i fosterhjem. Høyesterett gjenga fra de sakkyndige: "Et skifte i omsorgspersoner nå vil sikkert gi en - i beste fall - midlertidig tilbakesetting av barnets funksjon, uansett hvordan de nye omsorgspersoner opptrer. Vi vil tro at et skifte i omsorgspersoner nå vil øke mulighetene for utvikling av en alvorlig kontaktskade hos barnet."

Senere i dommen skriver førstvoterende: "Når det gjelder det alternativ at barnet blir tilbakeført til sine biologiske foreldre, uttaler de sakkyndige:

"A og B vil nå være helt fremmede for barnet. En overføring av omsorgen vil være en krise for barnet som vil sette det utviklingsmessig tilbake." Avslutningsvis viser førstvoterende til at en tilbakeføring til foreldrene vil medføre store omstillingsvansker for barnet med fare for skadevirkninger på lang sikt, som ett av to risikoforhold ved en tilbakeføring.

I saken i Rt. 1987 s. 578 var barnet vel tre år gammelt og hadde vært plassert i fosterhjem i ca. to år. Høyesterett fant at en flytting av barnet til biologisk fars foreldre ville måtte medføre betydelige problemer. Førstvoterende gjengav de sakkyndiges uttalelse om at en flytting ville medføre et brudd som kunne forstyrre den trygghet barnet syntes å ha etablert i forhold til seg selv og omgivelsene. De sakkyndige pekte på at barnet hadde to miljøskifter bak seg. Det første da han bare var fem uker gammel. Det andre da han var rundt året. I følge de sakkyndige så det ut til at han hadde reagert på disse flyttingene begge ganger. Ved andregangs flytting så det ut til at han hadde hatt en langvarig emosjonell reaksjon.

I saken i Rt. 1994 side 805 ønsket foreldrene å beholde foreldreansvaret for en vel to år gammel pike som hadde bodd i fosterhjem siden sitt første leveår, for å adoptere henne bort til

morens familie. Førstvoterende viste kort til at to av de sakkyndige ved en flytting fra fosterhjemmet måtte gjennom et for henne alvorlig barnetraume, dvs. en separasjonskrise.

I tillegg kom Høyesterett etter en konkret vurdering til at adskillelse fra fosterforeldrene ville være til skade for barnet, i sakene i Rt. 1991 side 1355, Rt. 1993 side 671, Rt. 1995 side 350, Rt. 2002 side 327, Rt 2002 side 875 og Rt. 2004 side 1683, og i saken i Rt. 2004 side 1683 var barnet 7 1/2 år gammelt og hadde bodd hjemmefra i tre år, hvorav 2 1/2 år i det aktuelle fosterhjemmet. Førstvoterende viser til at den sakkyndige i sin muntlige forklaring gav uttrykk for at en flytting kunne føre til en depresjon, som etter omstendighetene kunne bli ganske langvarig.

Høyesterettsavgjørelsene referert til over, dreier seg om saker som reelt sett er tilbakeføringssaker, og hvor Høyesterett la vekt på negative konsekvenser av adskillelse fra fosterfamilien. Et annet kjennetegn ved disse sakene er at resultatet i sakene er blitt det resultat som drøftingen av adskillelsesproblematikk talte for; resultatet ble omsorgsovertagelse, og barna ble boende i fosterhjemmet.

Et eksempel på en sak hvor Høyesterett har uttalt seg om ulempene ved adskillelse fra foreldrene, men hvor resultatet allikevel ble omsorgsovertagelse, finner vi i Rt. 2006 s. 1308. Saken gjaldt en 15 år gammel jente som var blitt utsatt for fysisk og psykisk mishandling av moren.

Jenta hadde uttrykt at hun ønsket å bo hos moren, og førstvoterende fant grunn til å gå ut fra at det var hennes sanne mening. Om vanskelighetene med en omsorgsovertagelse uttrykte førstvoterende (spalte 58): ”Jeg har heller ikke vanskelig for å forstå henne. Det må ha vært en uhyre vanskelig situasjon for en liten jente på 12 1/2 år å flytte fra mor til en helt ukjent familie og samtidig begynne på en ny skole. Hun har, noe også den sakkyndige har pekt på, ikke levd under fullt så vanskelige forhold som sin eldre søster.”

Førstvoterendes ordvalg (”uhyre vanskelig”) viser at retten ser de negative følgene av å flytte barn fra sin familie som noe som må tillegges betydelig vekt. I denne saken ble det lagt større

vekt på konsekvensene av omsorgssvikt. I saken ble psykologfaglig kunnskap om konsekvenser av omsorgssvikt anvendt på det konkret observerte. Førstvoterende gjenga fra en av de sakkyndige i spalte 52:

”Omsorgssvikt kan gi alvorlige konsekvenser på alle nivå innenfor menneskelig fungering. Man kan få psykiske og fysiske vansker, man viser egosentrisitet og dårlig sosial tilpasningsevne som ofte fører til konflikter. I tillegg svikter ofte de kognitive prosessene pga konsentrasjonssvikt som fører til dårlige faglige prestasjoner til tross for et godt evnenivå. Hos både C og D har vi fått beskrevet store samspillvansker med jevnaldrende, det har vært tydelige tegn på konsentrasjonsvansker og følelsesmessige vansker. (...)”

Førstvoterende uttalte i spalte 54: ”For meg fremstår saken som et eksempel på hvilke skadefølger ikke minst psykisk mishandling kan få for barn. Sosiale problemer er ikke noen sjeldenhet hos barn, men hos disse to jentene virker problemene unormalt store og av en særegen karakter.”

Det kan gis ulike forklaringer på at konsekvensene av adskillelse er oftere drøftet i Høyesterettspraksis i saker som reelt dreier seg om tilbakeføring, enn i andre omsorgssaker. Selv om de 25 høyesterettsdommene som empirisk materiale betraktet er lite, er det en klar sammenheng mellom hva slags sak det er - flytting av barnet fra foreldrene eller flytting av barnet fra fosterhjem til foreldrene – og hvorvidt retten drøfter konsekvenser av adskillelse.

Kvilhaug (2005) s. 4 kritiserer sakkyndige i barnevernssaker for ikke å ha tatt med i betraktningen at adskillelse fra foreldrene kan være skadelig for barna. Kvilhaug viser her til sin erfaring som advokat i barnevernssaker. Han fortsetter med å skrive at det at de sakkyndige ikke tok høyde for at flytting kunne være skadelig for barna, var merkelig når de samme sakkyndige var snare til å påpeke i forbindelse med krav om tilbakeføring av fosterbarn at det å flytte barna fra fosterhjemmet ville være skadelig fordi barnet nå var knyttet til fosterforeldrene. Med andre ord kritiseres sakkyndige for å være inkonsekvente i biologiske foreldres disfavør.

Hvis man ser på begrunnelsene for omsorgsovertagelse i enkelte av de sakene hvor Høyesterett har konkludert med omsorgsovertagelse, og omsorgsovertagelsen reelt sett har bestått i at barnet har forblitt i fosterhjemmet det har bodd i over lengre tid, ser man en annen forklaring på hvorfor adskillelsesproblematikk er mere fremtredende i saker hvor det reelt sett dreier seg om tilbakeføring.

I saken i Rt. 1991 s. 1090 gjengis det fra sakkyndige, som har påpekt farene for et barn ved adskillelse: "Disse reaksjoner vil barnet kunne overvinne hvis det møtes på en forstandig måte av nye kompetente foreldre. Et barn som opplever slike tap, vil imidlertid stille ekstra krav til stabilitet og forutsigbarhet fra sine omsorgsgivere hvis utviklingsskadene skal repareres, og det blir derfor av avgjørende betydning at dets nye foreldre kan tilby barnet dette." I denne saken fremholdt førstvoterende at de forhold som i sin tid begrunnet omsorgsovertagelse, ikke lenger var til stede. Imidlertid var det fortsatt mangler ved morens omsorgsevne, selv om de i seg selv ikke ville ha kunnet begrunne en omsorgsovertagelse dersom barnet hadde bodd hos moren hele tiden. Førstvoterende pekte på at moren var meget ung, 19 1/2 år, og hadde flyttet svært mange ganger etter at hun hadde forlatt foreldrehjemmet. De sakkyndige hadde også fremhevet hennes valg av problemfylte partnere.

Med tanke på at terskelen for omsorgsovertagelse er høy, vil det forekomme tilfeller hvor det er relativt store mangler ved foreldrenes omsorgsevne uten at det i seg selv begrunner omsorgsovertagelse. Når en tilbakeføring krever mere av foreldrene på grunn av adskillelsen fra fosterforeldrene, vil manglene ved foreldrenes omsorgsevne lettere begrunne at barnet ikke tilbakeføres. Dette illustrerer det som er regelen i barnevernretten, at det er foreldrenes omsorgsevne i forhold til barnet det gjelder, som skal vurderes (jf. ordlyden i barnevernlovens § 4-12 første ledd bokstav a: "a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling".)

I hvilken grad den ene av de to forklaringene gir et mere riktig bilde enn den annen (sakene behandles inkonsekvent i biologiske foreldres disfavør versus at adskillelse ofte blir mere problematisk ved tilbakeføring til foreldre fordi det ofte er mangler ved foreldrenes omsorgsevne selv om manglene ikke er store nok til i seg selv å begrunne

omsorgsovertagelse) skal det ikke tas stilling til her. Det ville kreve en egen komparativ empirisk undersøkelse. Jeg vil senere i avhandlingen komme tilbake til Rt. 1991 s. 1090 og andre høyesterettsavgjørelser hvor Høyesterett påpeker at en eventuell adskillelse vil kreve ekstra mye av den som har omsorgen for barnet.

Det kan også nevnes at virkninger av flytting fra barnets foreldre nevnes i et par dommer på en indirekte måte. I disse tilfellene har barnet over tid bodd i fosterhjem, slik at det reelt sett er snakk om en tilbakeføring. Høyesterett har så brukt konsekvensene for barnet av å flyttes fra fosterforeldrene som et moment ved avgjørelsen. Det har i den forbindelse blitt pekt på at barnet allerede har gått gjennom en separasjon fra biologiske foreldre, og at det gjør barnet mere sårbar for en ny adskillelse. En slik begrunnelse er, som vist til over, anvendt i saken i Rt. 1987 s. 578. Og i saken i Rt. 2002 s. 875 skriver førstvoterende: "Slik jeg bedømmer bevisstoffet, er det meget stor fare for at nettopp det de sakkyndige frykter - en ny alvorlig separasjonsreaksjon hos B - vil inntreffe, og dette er avgjørende for mitt standpunkt i saken. De sakkyndige har understreket at hun er et barn som er betydelig traumatisert. Hun har gjennomgått et brudd med mor, senere med beredskapshjemmet, hun lever med en vedvarende konflikt mellom foreldrene, og har jevnlig problemer i forbindelse med samvær med dem."

8.2 Hva forarbeidene sier om konsekvensene av adskillelse og betydningen for barnets beste

Jeg vil her se på hva forarbeidene sier om hvilken betydning følgene av adskillelse fra foreldrene har for gjeldende rett i omsorgssaker. Sentrale i denne sammenheng er forarbeidene til endringslov 63/2013 – NOU 2012: 5 og Prop. 106 L (2012–13).

Spesielt NOU 2012: 5 fremhever viktigheten av forskningsbasert kunnskap i barnevernet. I Prop. 106 L (2012–13) gir departementet på side 82 en generell kommentar til hva som er barnets beste, hvor det fremheves at ny forskning og systematisert kunnskap har en viktig rolle i å styre den faglige vurderingen av hva som er barnets beste. Jeg vil komme tilbake til den uttalelsen i kapittel 3.4.

Allerede i forarbeidene til barnevernloven av 1953 finner vi uttalelser om generelle

konsekvenser av å flytte barnet fra hjemmet. Det ble i barnevernkomiteens innstilling 1951 s. 37³⁵ lagt til grunn at det beste for barn i alminnelighet var å vokse opp i et naturlig familiemiljø sammen med sine egne foreldre og søsken. Det het videre at dette også gjaldt selv om det var visse mangler ved hjemmet, idet

”et barn er likevel som oftest knyttet til heimen – far, mor og søsken – med så sterke følelsesmessige bånd, at det kan føre til alvorlige psykiske skader for barnet om disse bånd blir revet over.”

Som nevnt i avsnittet om barnets beste bygget forarbeidene til barnevernloven av 1992 på en presumsjon om at det generelt vil være til barnets beste å vokse opp med foreldrene. Eksempelvis skrev Sosiallovutvalget i NOU 1985: 18 s. 171: "Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytningen til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet."

Denne presumsjonen gjengis og kommenteres kritisk i gjennomgangen av det biologiske prinsipp i NOU 2012: 5. Mandatet for Raundalen-utvalget, som utarbeidet NOU 2012: 5, omfattet å utrede det biologiske prinsipp og belyse vanskelige problemstillinger som oppstår i barnevernets arbeide. Mandatet omfattet å foreta en gjennomgang av om terskelen for omsorgsovertagelse i barnevernet i dag er for høy (NOU 2012: 5 s. 11).

Raundalen-utvalget påpekte (s. 43) at Sosiallovutvalget ikke drøftet hvorvidt det alltid vil være slik at det eksisterer sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn, eventuelt om det alltid vil være grunn til å bevare og styrke slike bånd. Det samme gjaldt etter Raundalen-utvalgets syn i forhold til om kontakt med foreldrene i form av samvær etter en omsorgsovertagelse alltid vil være et gode for barn. Utvalget skriver:

"Sosiallovutvalget synes å ha lagt til grunn at det eksisterer et generelt interessefellesskap mellom foreldre og barn, og gikk ikke nærmere inn på mulige interessemotsetninger. Generelt sett er sosiallovutvalgets begrunnelser for påstandene verken forsknings- eller kunnskapsmessig dokumentert."

³⁵ Sandberg (2003) s. 70

Videre ble det (s. 43) gjengitt fra Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 51: "Nyere forskning har vist at det i mange tilfeller er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom barna og foreldrene, og for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt. Enkelte forskere har også pekt på fosterforeldres ansvar når det gjelder å hjelpe barnet med å huske sin fortid, nettopp fordi opplevelsen av kontinuitet er viktig for barnet."

Raundalen-utvalget hadde følgende kommentar til henvisningen til forskning i Ot.prp. 44 (1991–92):

"Departementet ga ingen referanser til forskningen som det henvises til, og eventuelle motstridende forskningsresultater eller diskusjoner av forskningsresultatene fremgikk ikke. I begge de sistnevnte sitatene ble det likevel tatt visse forbehold om betydningen av båndene mellom foreldre og barn. I første sitat ved bruk av ordene "i mange tilfeller", i siste sitat ved bruk av ordene "kan være".

På side 32 sammenfatter utvalget sitt syn på det kunnskapsmessige grunnlaget for det biologiske prinsipp: "Som utvalget påpeker i avsnitt 4.5.7 ble det i forarbeidene til barnevernloven vist til "nyere forskning" når det gjelder betydningen av å opprettholde relasjoner mellom barn og deres biologiske foreldre. Det er i forarbeidene ikke gitt noen referanser til denne forskningen. Utvalget har i sin gjennomgang av forskningsmateriale hatt denne problemstillingen særlig for øye. Utvalget har imidlertid ikke funnet tilstrekkelige holdepunkter i forskningen for verken å bekrefte eller avkrefte at det er et forskningsbasert grunnlag for det biologiske prinsipp"

I Prop. 106 L (2012–13) s. 82 uttrykker departementet sitt syn. Under overskriften "departementet vil" finner vi i kulepunkt nr. 2: "Biologiske bånd: Departementet mener at barn generelt sett har best av å vokse opp i egen familie, og at kontakten mellom familien og barnet skal opprettholdes etter en omsorgsovertagelse.

Som forarbeider til endringer i barnevernloven har Prop. 106 L (2012–13) større vekt enn NOU 2012: 5 der hvor det er motstrid, da Prop. 106 L (2012–13) er utarbeidet senere i

lovgivningsprosessen og i større grad kan sees på som et uttrykk for lovgivers vilje. Imidlertid er det intet som tyder på at departementet er uenig med Raundalen-utvalget med tanke på hvor stor vekt det skal legges på det biologiske prinsipp i barnevernssaker.

Et kunnskapsbilde hvor det er usikkerhet om det er forskningsbasert grunnlag for det biologiske prinsipp, vil medføre at "barnets beste" i omsorgssaker vil få et annet innhold enn et kunnskapsbilde hvor man kan legge til grunn at det er forskningsbasert grunnlag for det biologiske prinsipp (slik forarbeidene til vedtagelsen av barnevernloven i 1992 la til grunn).

For å forstå hva utvalget legger i at det er uklart om det er forskningsbasert grunnlag for det biologiske prinsipp, er det nødvendig å se på hva utvalget legger i det biologiske prinsipp. På side 41 skriver utvalget at det ikke er klart hva som ligger i begrepet det biologiske prinsipp i barnevernretten, ikke uten videre er klart. I Prop. 106 L (2012–2013) s. 82 skriver departementet - med henvisning til NOU 2012: 5 - at det biologiske prinsipp uttrykker at barn generelt har best av å vokse opp i sin familie.

Utvalget gjengir på side 44, i forbindelse med en gjennomgang av hvilken betydning det biologiske prinsipp har hatt i barnevernsretten, den forståelse av det biologiske prinsipp som ble lagt til grunn i Ot.prp. 69 (2008–09):

Å vokse opp med sine biologiske foreldre anses å være det beste for barn. Dette blir omtalt som *det biologiske prinsipp*."

Ot.prp. 69 (2008–2009) omtaler biologiske foreldre. Raundalen-utvalget presiserer imidlertid på side 42 at når det i barnevernloven tales om "foreldre", vil det si juridiske foreldre med foreldreskap fastsatt etter reglene i barneloven eller adopsjonsloven.

I en forbindelse omtaler NOU 2012: 5 et tilfelle hvor biologi i seg selv har en viss relevans. Det gjengis (s. 45) fra Rt. 1997 s. 170, som gjaldt spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertagelse. I dommen ble det uttalt:

"Det har en egenverdi at et barn får vokse opp hos sine biologiske foreldre. Når barnet vokser opp i en familie der det vet at det opprinnelig ikke hører hjemme, vil det kunne oppstå

problemer eller konflikter av en annen karakter enn ellers når barnet begynner å søke etter sin identitet."

Mens det ikke kan utelukkes at et barns søken etter identitet som nevnt i Rt. 1997 s. 170 i noen tilfeller kan ha stor betydning for barn, er det i liten grad tema for den forskning som vises til f.eks. av Kvilhaug (2005) eller i forarbeidene til barnevernloven av 1992 (som Raundalen-utvalget påpeker at mangler referanser).

Uttalelsene i NOU 2012: 5 s. 32 om at det ikke er forskningsbasert belegg for det biologiske prinsipp, står i sterk kontrast til det uttalte i to av høyesterettsavgjørelsene omtalt i avsnittet om Høyesteretts praksis, Rt. 1986 s. 1189 og Rt. 1991 s. 1090. Det må i denne sammenheng has for øye at det biologiske prinsipp ikke er et absolutt prinsipp, men et prinsipp som har en viss gjennomslagskraft i barnevernssaker. Som nevnt i Ot.prp. nr. 69 (2008–09) s. 6 må det biologiske prinsipp må vike for barnets beste når foreldre ikke har ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet. Tatt på ordet taler det utvalget skriver på side 32 for at det ikke finnes forskningsbasert belegg for eller mot at en ren barnets beste-vurdering ville tilsi at omsorgsovertagelse ville være til barnets beste selv ved mindre mangler ved foreldrenes omsorgsevne.

For å vurdere en slik tolkning av det uttalte fra Raundalen-utvalget kan det være nyttig å merke seg at utvalget understreker det relative i begrepet biologisk prinsipp (s. 45). Ved søk på Lovdata fant utvalget kun to høyesterettsdommer hvor begrepet "det biologiske prinsipp" var anvendt, Rt. 1991 s. 668 og Rt. 1995 s. 479. Utvalget kommer til at retten i begge de to dommene synes å ha anvendt det biologiske prinsipp som et fast begrep med gitt innhold og foretar ingen diskusjon av selve innholdet. Det fremgår allikevel at prinsippet må anvendes relativt, noe utvalget bruker følgende uttalelse fra Rt. 1995 s. 479 som eksempel på:

"De sakkyndige for Høyesterett vurderer det slik at tidligere tilknytning til mor neppe er av betydning for ham i dag, at en overføring til biologisk mor vil ha "tilnærmet samme kvalitet som å ta et hvilket som helst barn og flytte det til ukjente mennesker", og at en tilbakeføring vil representere en særdeles belastende situasjon for ham. Deres samlede vurdering er at barnevernet bør beholde omsorgen slik at barnet forblir i fosterhjemmet. Også de sakkyndige for byretten kom til den konklusjon at S ikke burde tilbakeføres. (...) Som byretten legger jeg

til grunn at det biologiske prinsipp må nedtones i tilfeller som det foreliggende, hvor barnet har fått en så sterk tilknytning til fosterforeldrene og hjemmet."

Mens Raundalen-utvalget på side 32 omtaler det forskningsmessige belegget for det biologiske prinsipp, ligger hovedtyngden av drøftelsen av hvor tungt det biologiske prinsipp skal veie, ikke på de momenter som generelt kan tale mot en omsorgsovertagelse, men på de momenter som generelt kan tale for en omsorgsovertagelse. Utvalget har lagt stor vekt på viktigheten av trygg tilknytning mellom barn og foreldre og henviser til forskning om dette. Utvalget skriver på side 80-81:

"Tilknytningsforskningen er blant de mest banebrytende bidrag innen utviklingspsykologien.³⁶ Nyere forskning som har gjort tilknytningsbegrepet klinisk relevant, har vist at den tidlige relasjonsbyggingen er helt grunnleggende for barns vekst og utvikling. De har vist at utrygg tilknytning kan være hemmende for barns emosjonelle og kognitive utvikling. Alvorlig brist i tilknytnings- og relasjonsbyggingen kan føre til store psykiske problemer for barnet. Forskning viser også at lav kvalitet på det språklige, emosjonelle og sosiale samspillet mellom barn og omsorgspersoner har betydning for barnets språklige og kognitive utvikling.³⁷ Utvalget mener at tilknytningskvalitet er et grunnleggende vurderingstema i alt barnefaglig arbeid innen barnevernet. I nær sammenheng med dette viser nyere nevro-psykologisk og nevro-biologisk forskning at barnehjernens vekst og utvikling når de over lengre tid eksponeres for stressende og angstfremkallende omgivelser blir påvirket negativt. Dette skader blant annet barnets emosjonsregulering og kognitive utvikling.³⁸ Til sammen viser denne forskningen at samspillet mellom barn og omsorgspersonene er så avgjørende at den må tillegges avgjørende vekt i beslutningsprosessen om bosted, samvær, tilbakeføring i barnevernsaker og tiltak."

Utvalget anbefaler (s. 86) på bakgrunn av forskningen om samspillet mellom barn og omsorgspersoner at det etableres et fjerde førende prinsipp (i tillegg til det biologiske

³⁶ I en fotnote viser utvalget her til et vedleggskapittel av Braarud.

³⁷ I en fotnote viser utvalget til at mere om denne forskningen er beskrevet i utvalgets kapittel om relativ fattigdom.

³⁸ Her viser utvalget til et vedleggskapittel av Blindheim.

prinsipp, det mildeste inngreps prinsipp og prinsippet om barnets beste) for vurdering av vanskelige avgjørelser i barnevernssaker. Utvalget anbefaler at "det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp" gis forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker hvor tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling.

At utvalget legger stor vekt på "det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp, kommer også frem av utvalgets anbefaling om at terskelen for omsorgsovertagelse skal vurderes i forhold til tre faktorer:

- "a. om tilknytnings- og relasjonskvaliteten mellom omsorgspersonene og barnet er utviklingsstøttende eller ikke
- b. alvorlighetsgraden og stabilitet av omsorgssvikt (forsømmelser, manglende behandling eller opplæring, mishandling eller overgrep)
- c. om omsorgspersonenes egenskaper (psykisk utviklingshemming, psykisk sykdom, rus) er av varig eller forbigående karakter"

Departementet (Prop. 106 L (2012–13) s. 82) redegjør for utvalgets anbefaling om det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp som et nytt sentralt prinsipp i barnevernretten. Departementet slutter seg så til at tilknytnings- og relasjonskvalitet er et svært viktig moment i barnevernets vurderinger og skal inngå i den konkrete og helhetlige vurderingen av barnets beste.

Den sterke vekten utvalget har lagt på utviklingsstøttende tilknytning og forskningsbasert kunnskap om konsekvenser av mangelfull omsorg, kan tyde på at en nedtoning av det biologiske prinsipp fra utvalgets side først og fremst handler om en relativisering, hvor mothensynene til det biologiske prinsipp vektlegges. Hvis man ser på utvalgets drøfting av tilbakeføring, ser man at utvalget har vektlagt følgene av en adskillelse fra fosterforeldrene. Under overskriften *Barn 0-4 år* skriver utvalget på side 120 om tilbakeføring til foreldrene og tilknytning til fosterfamilien:

"Alder er en vesentlig faktor i vurderingen. Utviklingspsykologiske kunnskaper om tilknytning kan tolkes slik at hvis et barn i spedbarnsalderen (circa de to første leveårene) blir flyttet og er hos fosterforeldre i circa seks måneder og lenger, vil barnets hovedtilknytning

være til fosterforeldrene, selv om det har vært fast og hyppig samvær med foreldrene. Tilbakeføringen vil da representere en belastning for barnet. Hvis det ikke har vært samvær, eller samværene har vært uregelmessige før tilbakeføring, med lange opphold, eventuelt med tydelige forskjeller i måten omsorgen gis på av henholdsvis fosterforeldre og foreldre, øker belastningen. Et annet forhold som må vurderes, er om barnet har hatt flere flyttinger. Backe-Hansen påpeker at barnets behov for stabilitet da kan være så stort at det kan føre til alvorlig skade hvis det blir flyttet igjen.³⁹ Skadene som flere flyttinger ofte skaper, kan tilta og gjøre ny tilknytning vanskelig.⁴⁰ Det må også vurderes om barnet var emosjonelt skadet før det flyttet i fosterhjemmet. I så fall kan barnet ha små ressurser til å tåle (ny) atskillelse og omstilling til nye mennesker og nytt miljø. Tidligere skader kan ha skapt sårbarhet for nye belastninger og skape komplikasjoner selv om barnet har fått hjelp i fosterhjemmet og fungerer bra der.⁴¹

Også her vil tilknytningsforholdene være av overordnet betydning. Hvis barnets viktigste tilknytning er til fosterforeldrene, vil bedre forhold hos foreldrene ikke nødvendigvis kunne kompensere for det som barnet taper ved å bli utsatt for flytting og "krav" om tilknytningsmessig omstilling."

At utvalget legger vekt på tilknytning i tilbakeføringssaker, kommer også frem av at utvalget anbefaler (s. 122) at det bør være obligatorisk for fylkesnemnda å vurdere tilknytningskriteriet i § 4-21, første ledd annet punktum i alle tilbakeføringssaker som behandles av fylkesnemnda når det er gått mere enn to år etter at barnet ble plassert i det aktuelle fosterhjemmet, både når det opprinnelige plasseringsgrunnlaget er frivillig plassering etter § 4-4 femte ledd eller omsorgsvedtak etter § 4-12. På side 118 understreker utvalget at det er viktig å sikre seg at tilknytningskriteriet i § 4-21 første ledd annet punktum blir vurdert i alle saker om tilbakeføring.

En oppsummering av utvalgets behandling av tilknytning og adskillelse er at det er klare likhetstrekk mellom utvalgets drøftelse av temaet og høyesteretts praksis i saker etter

³⁹ Backe-Hansen 1993

⁴⁰ Backe-Hansen 2004

⁴¹ Bunkholdt 2010

barnevernlovens § 4-12. Betydningen av adskillelse fra barnas omsorgspersoner blir først og fremst drøftet i forbindelse med tilbakeføring til foreldrene etter barnevernlovens § 4-21 eller det som reelt sett er en tilbakeføring.

8.3 Hva skal til for at empirisk kunnskap skal få betydning i omsorgssaker?

I de to foregående kapitlene så jeg på hva Høyesteretts praksis og forarbeidene sa om konsekvensene av adskillelse fra foreldrene i omsorgssaker. Her vil jeg se på en rettskildemessig problemstilling som oppstår når forarbeider og rettspraksis sier noe om hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har.

I de to foregående kapitlene har vi sett at rettspraksis og forarbeider har sagt noe om hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har. Det er også forskjell på det syn på betydningen av adskillelse som kommer frem i NOU 2012: 5 og forarbeidene til vedtagelsen av barnevernloven i 1992, da førstnevnte ikke fant grunnlag i foreliggende forskning for å bekrefte eller avkrefte at det finnes forskningsmessig belegg for det biologiske prinsipp.

Dersom rettsanvendere som fylkesnemnda eller domstolene skulle komme til et annet resultat med hensyn til betydningen av adskillelse fra foreldrene, oppstår spørsmålet om hvor stor vekt det skal legges på uttalelser i rettspraksis og forarbeider. Skal man der hvor det er motstrid legge vekt på hva man finner at forskning sier, eller hva forarbeider og rettspraksis sier om kunnskapsbildet. I og med at NOU 2012: 5 ikke konkluderer angående hvorvidt det er forskningsmessig grunnlag for det biologiske prinsipp, behøver ikke problemstillingen å bli satt på spissen i en konkret omsorgssak. Problemstillingen har allikevel betydning for hvilken rettskildemessig vekt man bør tillegge generelle uttalelser om virkningene av adskillelse i rettspraksis og forarbeider

.

Jeg vil under se på en annen side ved barnevernretten hvor problemstillingen er aktuell, og som kan belyse den rettskildemessige vekten av rettspraksis og forarbeider også i omsorgssaker. Ved en omsorgsovertagelse skal fylkesnemnda også fastsette samvær mellom barnet og foreldrene. Barnevernlovens § 4-19 slår fast utgangspunktet, at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre. Det kan også av hensyn til barnets beste vedtas at det ikke skal

være samvær.

I rettspraksis og forarbeider er det uttalt at omfanget av samværet henger sammen med hvorvidt omsorgsovertagelsen forventes å være langvarig. I Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 51 er det uttalt at "spørsmålet om samværsrett henger sammen med spørsmålet om vedtakets varighet og hva som vil være målsettingen med vedtaket." I dommen i Rt. 1998 s. 787 er forholdet mellom forventet varighet på omsorgsovertagelsen og hvor hyppig samvær det bør være uttrykt slik:

"I de tilfelle omsorgsovertakelse antas å være midlertidig og tilbakeføring ventes å finne sted innen rimelig tid, bør det sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldre og barnet holdes best mulig vedlike, jf uttalelsene i NOU 1985: 18 side 162. Dette tilsier etter hvert hyppige samvær av noe lengre varighet. Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsettingen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov."

I saken i Rt. 2006 s. 247 viste førstvoterende til det ovenfor gjengitte fra Rt. 1998 s. 767. Retten kom imidlertid etter en konkret vurdering til at det var riktig med et forholdsvis hyppig samvær mellom barnet og moren:

"Men selv om tilbakeføring av omsorgen på kort sikt ikke fremstår som en nærliggende mulighet, bør det i dette tilfellet være et forholdsvis omfattende samvær mellom mor og sønn, slik begge de tidligere instanser - om enn i ulik grad - har fastsatt. Jeg viser til at B er en 13 år gammel velfungerende gutt, og at mor og sønn hele tiden har hatt et nært og godt forhold. B ønsker et omfattende samvær med moren, som han også føler stor lojalitet overfor, og den samværsordningen som frem til nå har vært praktisert, har fungert på en god måte."

I "Samværsrett i barnevernssaker" skriver Trude Haugli (2000) s. 171 flg. om erfaringsmessig kunnskap om adskillelse med henvisninger til bl.a. Vigdis Bunkholdt, og hvilken betydning kunnskapen bør ha i samværsaker. Haugli gjør kort rede for to hovedretninger innen psykologisk vitenskap og de implikasjoner disse hovedretningene vil ha i samværsaker.

Den ene retningen kalles behovsretningen og står for det syn at den voksne som over tid drar omsorg for barnet på en måte som ivaretar barnets psykiske og fysiske behov, er den som blir barnets psykologiske forelder. Ved langvarig plassering vil samvær med biologiske foreldre kunne forstyrre tilknytningen til de nye foreldrene og hemme eller skade barnet i dets utvikling. Relasjonsretningen representerer det motsatte ytterpunkt. Den går ut på at de første foreldrene, uansett hvordan de har tatt vare på barnet, er barnets psykologiske foreldre og vil forbli det. Samvær med foreldrene er avgjørende for at barnet kan ha utbytte av de forbedrede oppvekstbetingelsene i fosterhjemmet.

Haugli konkluderer med at forskningsresultater og erfaringer fra praksis tyder på at ingen av retningene er helt riktig eller tar helt feil. Haugli viser imidlertid også til norsk barnevernfaglig litteratur som poengterer viktigheten for barnet av samvær med foreldrene også i tilfeller hvor barnet må plasseres i fosterhjem på grunn av alvorlige mangler ved foreldrenes omsorgsevne. Det vises særlig til Bunkholdts "Barnevernpsykologi".

Hvorvidt det er til barnets beste med et begrenset samvær med foreldrene eller et forholdsvis omfattende samvær, vil derfor i betydelig grad avhenge av stillingtagen til psykologifaglige spørsmål som kan betegnes som uavklarte eller omstridte. Forhold i den konkrete saken kan selvfølgelig tale for et mere omfattende samvær enn i andre saker, som når Høyesterett i Rt. 2006 s. 247 ikke sa seg uenig i rettsoppfatningen i Rt. 1998 s. 767, men allikevel fastsatte et mere omfattende samvær. Retten kan også avskjære retten til samvær, slik som i Rt. 2002 s. 908, hvor Høyesterett kom til at samværene fungerte dårlig, og at barnet var et skadet og sterkt sårbart barn, og at det i stor grad kunne tilbakeføres til forhold da barnet bodde hos moren i de første 14 månedene av sitt liv.

Det skal ikke her tas stilling til psykologifaglige stridsspørsmål. For eksemplets skyld kan vi allikevel tenke oss at man kommer frem til at det ut fra foreliggende psykologfaglig kunnskap er riktig at det normalt blir vedtatt forholdsvis omfattende samvær også i saker hvor det må antas at omsorgsovertagelsen vil bli varig. Er det i så fall riktig å utmåle forholdsvis omfattende samvær i saker hvor omsorgsovertagelsen må påregnes å bli varig, selv man finner at en slik praksis strider mot Høyesteretts prejudikater?

Ordlyden i barnevernlovens § 4-1 første ledd om barnets beste sammenholdt med tvistelovens § 20-2 første ledd, som sier at retten fastsetter ved en fri bevisbedømmelse det saksforhold avgjørelsen skal bygges på, kan tale for at svaret er ja. Det samme kan uttalelser i forarbeidene. I NOU 2012: 5 s. 41 finnes en uttalelse om nødvendigheten av at normene innen barnevernretten endres med ny kunnskap og endringer i kulturelle normer:

"Siden grunnprinsippene gir uttrykk for ulike verdier og har ulik historikk og forankring, kan de i konkrete situasjoner tale for ulike løsninger og dermed være i konflikt med hverandre. Selv om det gjennom lovforarbeider, regelverk og rettspraksis gis retningslinjer og veiledning for hvordan barneverntjenesten skal forstå og praktisere regelverket, er det komplisert og krevende både å vurdere og å avveie de ulike prinsippene i enkelttilfeller. Det må foretas konkrete vurderinger av det enkelte barnets totale livssituasjon. Disse vurderingene må være faglig basert og styrt av forhold som ny forskning, systematisert kunnskap og endringer i kulturelle normer. Som allerede nevnt ligger det i prinsippets natur, at de må vurderes og avveies mot hverandre, siden de ikke er konkrete regler som følges eller forkastes."

Direkte sier uttalelsen at ny forskning, systematisert kunnskap og endringer i kulturelle normer må få betydning for de konkrete vurderingene i den enkelte sak. Man kan så spørre om uttalelsen kan tas til inntekt for det syn at ny kunnskap og systematisert forskning kan føre til et resultat i den konkrete sak som er i tråd med lovens ordlyd, men kommer i konflikt med det som kan utledes av lovforarbeider og rettspraksis. To forhold taler for en slik tolkning. Det ene er at utvalgets ordvalg ("må være faglig basert og styrt av forhold som ny forskning, systematisert kunnskap og endringer i kulturelle normer") taler for at ny kunnskap må være avgjørende i slike tilfeller. Det andre er den betoning av viktigheten av forskningsbasert kunnskap som går igjen i NOU 2012: 5.

Et slikt syn på utviklingen av rettsreglene innen barnevernretten, hvor forhold som ny forskning og endrede kulturelle normer kan føre til en endring i hvordan rettsreglene anvendes, også når en endring vil medføre motstrid med forarbeider eller rettspraksis, er også i tråd med reelle hensyn. Når grunnvilkårene for omsorgsovertagelse i barnevernloven § 4-12 1. ledd sammenholdt med 2. ledd er til stede, dreier det seg om en alvorlig situasjon for barnet. Både en omsorgsovertagelse og en unnlattelse av omsorgsovertagelse kan få alvorlige følger for barnet. Det taler for at en konkret vurdering av barnets beste, bygget på den

kunnskap man har, er avgjørende. At gjeldende rett går ut på at ny forskning og systematisert kunnskap kan medføre en endring av hvordan rettsreglene anvendes, også når det vil medføre motstrid med lovforarbeider og rettspraksis, støttes også av at Høyesterett har latt hensynet til barnets beste medføre at legalitetsprinsippet er relativt på barnevernrettens område (jf. kapittel 2.1.3).

Også i saken i Rt. 2012 s. 1832, som gjaldt samvær, finner vi et utsagn om betydningen av et endret kunnskapsbilde: "Til dette bemerker jeg at hensynet til kontinuitet og stabilitet vil legge begrensninger på antallet samvær med biologiske foreldre. Ved vurderingen er det også naturlig å se hen til hva den faglige ekspertise til enhver tid måtte si om hva som erfaringsmessig er gunstigst for barnet. Men det må foretas en konkret vurdering, der det etter barnevernloven § 4-1 skal legges avgjørende vekt på barnets beste".

Det kan i denne sammenheng også vises til forarbeidene til barneloven. I NOU 2008: 9 s. 39 uttales det at rettens avgjørelse i saker om bosted og samvær skal styres av et overordnet prinsipp om barnets beste. Om rettsavgjørelsers prejudikatverdi uttales det: "En konkret rettsavgjørelse vil normalt ha liten generell rekkevidde da avgjørelsene er knyttet til forholdene i den enkelte sak. Dette medfører at man heller kan tale om momenter som tillegges vekt, enn at man har klare regler på området." Det uttalte i NOU 2008: 9 er også dekkende for barnets beste-vurderingen i omsorgssaker. Også i en sak om omsorgsovertagelse vil avgjørelsen være knyttet til forholdene i den enkelte sak.

8.4 Hvilke konklusjoner kan man trekke av kunnskap om konsekvenser av adskillelse mellom barn og foreldre?

Jeg vil i dette kapitlet se nærmere på betydning empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse mellom barn og foreldre har for barnets beste-vurderingen i saker om omsorgsovertagelse etter barnevernloven § 4-12. Det er spesielt en uttalelse i forarbeidene som er sentral i den sammenhengen, Prop. 106 L (2012–13) side 82:

"Prinsippet om *barnets beste* er det grunnleggende prinsippet i alt barnevernfaglig arbeid. Prinsippet innebærer at barnevernet skal foreta en helhetlig og skjønnsmessig vurdering av hva som vil være til barnets beste i det enkelte og konkrete tilfellet. Barnets grunnleggende

behov for beskyttelse og omsorg skal vektlegges framfor foreldrenes rettigheter. Ny forskning, systematisert erfaringskunnskap og endringer i kulturelle normer styrer de faglige vurderingene, og utvikler skjønnnet om hva som er barnets beste. Prinsippet om barnets beste er nedfelt både i barnevernloven og i FNs barnekonvensjon."

Uttalelsen gir uttrykk for hva departementet anser som det sentrale ved den rettslige standarden barnets beste, og viser at departementet anser at ny forskning og systematisert erfaringskunnskap er noe av det mest sentrale i vurderingen av hva som er barnets beste. Uttalelsen kan sees i sammenheng med det uttalte fra Sosiallovutvalget (se kapittel 2.4) om at man ikke kommer utenom skjønnselementet i saker om omsorgsovertagelse. Man må i stedet søke klarest mulige problemstillinger, som skal ha vekt ved utøvelsen av skjønnnet. Det gjengitte fra Prop. 106 L (2012–13) peker på nettopp ny forskning og systematisert erfaringskunnskap som noe av det som er med på å *utvikle* skjønnnet om hva som er barnets beste.

Uttalelsen gjengitt over sier ikke noe om hvor stor vekt forskningsbasert kunnskap skal tillegges i den enkelte sak. Det understrekes imidlertid at det skal foretas en helhetlig og skjønnsmessig vurdering av hva som vil være til barnets beste i det enkelte og konkrete tilfellet. Empirisk kunnskap gir informasjon om hva som er best for barn generelt, og er etter departementets syn en viktig del av det barnevernfaglige arbeidet for å finne barnets beste. Men det er etter ordlyden i § 4-1 og det gjengitte fra departementet over hva som er best til barnets beste i *det enkelte og konkrete tilfellet*, som er avgjørende.

Det at generell psykologifaglig kunnskap kan være relevant for hva som er barnets beste i det enkelte tilfelle, men ikke alltid vil være avgjørende, rommer en konflikt mellom det generelle og det spesifikke. I barnevernrettslig teori har flere advart mot overgeneralisering. Spørsmålet om hvor stor vekt det skal legges på generell empirisk kunnskap, har også blitt berørt i et par høyesterettsavgjørelser.

Disse sakene gjelder adopsjon, som i barnevernssaker hjemles av barnevernloven § 4-20. I dommen i Rt. 2001 s. 14 uttalte førstvoterende: "Det er altså hovedsakelig generelle erfaringssetninger bygd på at langvarige fosterforhold har best av å gå over i adopsjon, som taler for adopsjon i vårt tilfelle. Som utgangspunkt kan generelle antakelser - basert på

sammenlignende undersøkelser av hvordan det er gått med fosterbarn som er adoptert i forhold til barn som ikke er det, eller som er tilbakeført til sine biologiske foreldre - ikke uten videre være avgjørende i et konkret tilfelle. I varierende grad vil slike generelle betraktninger måtte suppleres med spesifikke og individuelle forhold. I vår sak synes slike forhold i liten grad å være til stede."

Annenvoterende, som representerte mindretallet, uttalte derimot: "Førstvoterende har uttalt at argumentene for adopsjon i denne sak er generelle erfaringssetninger bygd på at langvarig fosterforhold har best av å gå over i adopsjon, og at slike generelle betraktninger bare i liten grad er supplert med spesifikke og individuelle forhold. Jeg tillegger - ut fra en vurdering av hva som er til barnets beste - disse generelle erfaringssetningene noe større vekt enn førstvoterende."

I saken i Rt. 2007 s. 561, som også gjaldt adopsjon, uttalte førstvoterende at det er på det rene at avgjørelsen (om adopsjon) skal skje etter en konkret vurdering av hva som er til barnets beste. Men vurderingen må også bygge på generelle erfaringer – blant annet erfaringer fra barnepsykologisk eller barnepsykiatrisk forskning. Førstvoterende viste til at forholdet mellom generelle erfaringer og spesielle hensyn har vært behandlet i flere høyesterettsavgjørelser. Førstvoterende viste så til Rt. 1991 s. 557 hvor det het at avgjørelsen om fratagelse av foreldreansvar (som etter daværende lov var det aktuelle vedtaket hvor det i dag ville blitt fattet vedtak om omsorgsovertagelse):

"... må bero på en samlet og konkret vurdering av de kryssende hensyn. Noen av disse hensyn er av generell karakter; det vil si hensyn som vanligvis – men med varierende styrke – gjør seg gjeldende i slike saker, mens andre hensyn er spesielle for denne saken. Etter mitt syn kan det bare i begrenset utstrekning oppstilles generelle prinsipper om hvordan disse hensyn skal avveies mot hverandre."

Hvor stor vekt man bør legge på empirisk kunnskap, har vært diskutert i barnevernrettslig teori. Sandberg 2003 s. 64 skriver at selv om det sammensatte bildet av barnets beste avhenger av barnet og situasjonen, er det neppe mulig å foreta en vurdering av det enkelte barnets beste løsrevet fra enhver generell tese. Faglige vurderinger av en sak må bygge på

generell kunnskap innen faget. Denne generelle kunnskapen bør være så spesifikk som mulig i forhold til akkurat dette barnets situasjon, men den må allikevel være generell for i det hele tatt å være gyldig. Sandberg advarer samtidig mot "overgeneralisering" og minner om at i vurderingen av barnets situasjon i den enkelte sak er det nødvendig med detaljert kunnskap om akkurat dette barnet.

Bendiksen 2003 s. 408 er kritisk til bruk av empirisk kunnskap om hvordan det går med barn som vokser opp i fosterhjem. Bendiksen argumenterer for at bruken av empirisk kunnskap er betenkelig ut fra manglende mulighet til å sette seg fullstendig inn i undersøkelsene, hvordan de er foretatt, og hvilke forutsetninger som ligger til grunn. Videre finnes det mange undersøkelser som dels gir motstridende resultater, og som dels i seg selv kan tolkes og brukes på ulike måter. Bendiksen viser også til vanskeligheter med slike undersøkelser og bruken av dem som er knyttet til hvilke forhold som undersøkes og sammenlignes, og hvilke forhold som er mest egnet til å si noe om hvordan det går med barna.

Også Haugli 2000 s. 58 advarer mot ukritisk bruk av empirisk kunnskap i barnevernssaker. Hun peker på at man sannsynligvis lett vil kunne finne en undersøkelse som bekrefter det syn man har, samtidig som det finnes andre undersøkelser som går i motsatt retning. Haugli advarer mot at erfaringsbasert kunnskap misbrukes ved at kunnskapen trekkes ut av sin sammenheng eller overgeneraliseres. Hun gjengir følgende advarsel fra Tjersland⁴²:

"Når psykologisk empiri brukes til å legitimere rettens avgjørelser i folks liv, er det nødvendig å heve varselskiltet ekstra høyt: Første bud er å tydeliggjøre premissene for undersøkelsen: Andre bud er å spørre om empirien virkelig er relevant for akkurat denne saken."

Det som er gjengitt ovenfor, illustrerer at "barnets beste" i omsorgssaker er en rettslig standard som påvirkes av blant annet generell psykologfaglig kunnskap. Ikke bare hva den psykologiske fagkunnskap til enhver tid sier om hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har generelt, men også hvor relevant kunnskapen er i det enkelte tilfelle, er en del av avgjørelsesgrunnlaget i det enkelte tilfelle

⁴² Odd Arne Tjersland, *Psykologene i rettsvesenets tjeneste - dilemmaer, begrensninger og muligheter*, i Tidsskrift for norsk psykologforening, 1995, s. 1024-1031, s. 1026)

8.4.1 Noen faktorer som er med på å avgjøre hvor stor betydning empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse har

Hvor store konsekvenser adskillelse har for barnet, vil variere fra barn til barn. Som førstvoterende skriver i Rt. 1986 s. 1189: "Senvirkningene avhenger av mange faktorer og er vanskelig å predikere for hvert enkelt tilfelle (...)" Jeg vil nedenfor ta for noen faktorer, blant annet barnets alder, som er med på å påvirke hvor stor betydning adskillelsen fra foreldrene har.

8.4.2 Barnets alder

Barnets alder fremtrer som et viktig moment i teori og praksis. I NOU 2012: 5 s. 20 skriver Raundalen-utvalget:

"I så vel faglige konklusjoner som politiske prioriteringer er tidlig intervensjon et hovedtema. Det henger sammen med en stadig økende dokumentasjon av at tidlige mentale påkjenninger fører til både helseskader og reduserte utviklingspotensialer. Det er på denne bakgrunn at utvalget ønsker særskilt oppmerksomhet på aldersgruppen null til fire år. Det store alvoret handler om at barna er mest formbare i disse tidlige årene, samtidig som forskningen dokumenterer at de på mange områder er mest eksponerte for potensielle skader."⁴³

I saken i Rt. 1986 s. 1189, omfattende gjengitt i avsnittet om Høyesteretts praksis, er barnets alder trukket inn som et moment i vurderingen av hvor store problemer en adskillelse vil skape for barnet. førstvoterende skriver på side 1195: "Han er i den mest følsomme alder når det gjelder farene ved å skifte miljø." Barnet var i denne saken 2 år gammelt.

I saken i Rt 1991 side 1090 var barnet 3 år gammelt. Førstvoterende uttalte om en eventuell tilbakeføring til moren: "D1 er i en slik alder at hun ikke vil forstå bakgrunnen for en flytting

⁴³ I en fotnote viser utvalget til vedlegg til NOU 2012: 5 av Braarud og Blindheim.

tilbake til moren."

I samme dom finnes et sitat fra de sakkyndige som viser problemene ved flytting i denne alderen:

"... et brudd med foreldrene i den alderen B er i, vil med stor sannsynlighet skape en grunnleggende utrygghet hos henne om det går an å stole på noen. En slik tvil vil kunne prege hennes forhold til andre mennesker resten av livet og vanskeliggjøre senere nære forhold."

Også i Rt. 1984 s. 289 (tilbakeføringssak) tillegges barnets alder betydning. Saken gjaldt en 8 år gammel gutt som hadde bodd i fosterhjem siden han var et halvt år gammel, og som ble tilbakeført til moren. Førstvoterende uttalte:

"De sakkyndiges vurdering er at C nå har nådd en utviklingsalder som følelsesmessig, ifølge et psykodynamisk synssett, innebærer en roligere periode med mindre motstridende følelser og derved større energiressurser til forskjellige aktiviteter. ... Han er nå både følelsesmessig og intellektuelt rede for en videre utvikling og utdypning av forholdet til sin biologiske mor. Selv om besøkene ikke blir så hyppige vil en slik utvikling kunne skje bl.a. fordi hans tidsbegrep er utvidet."

De sakkyndige gikk imidlertid ikke inn for tilbakeføring i denne saken, men Høyesterett overprøvet de sakkyndiges vurdering og gav moren medhold.

Når det gjelder de aller minste barna, oppsummerer Sandberg 2003 s. 118 den psykologiske faglitteraturen: Det synes å være noe uenighet innen psykologien om hvor sent et spedbarn kan flyttes fra sine primære omsorgspersoner uten at bruddet setter dype spor. En nokså allmenn oppfatning ser ut til å være at barn under to måneder relativt godt tåler brudd med omsorgspersonene, fordi det ennå ikke er noen bånd å bryte. I denne perioden er det viktigste om barnet får sine behov for kontakt og nærhet oppfylt hos den personen som tar seg av det."

Sandberg 2003 s. 231 påpeker at for et barn som har tilbrakt det meste av barndommen i fosterhjem, vil tilknytningen til fosterforeldrene øke med tiden. Samtidig vil barnet komme i en alder hvor det lettere kan forstå hva som foregår og lettere leve med en tilbakeføring til biologiske foreldre. Sandberg peker på at det ut fra det foreliggende domsmaterialet fra Høyesterett ser ut til å være lettere å få tilbakeført større barn enn mindre barn, selv om de har vært i fosterhjemmet fra de var spedbarn. Vi får da den paradoksale situasjonen at retten kan komme til at et barn skal forbli i fosterhjemmet på grunn av tilknytningen til fosterforeldrene, mens det samme barnet ville ha blitt tilbakeført dersom begjæringen om tilbakeføring hadde blitt fremmet noen år senere.

Sandberg skriver om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21, men problemstillingen er relevant også i omsorgssaker hvor barnet bor hos foreldrene. Det kan tenkes en situasjon hvor det er alvorlige mangler med den omsorgen barnet får hos foreldrene, og hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig, men hvor en totalvurdering hvor man tar i betraktning at barnet er i sin mest sårbare alder hva gjelder en adskillelse fra foreldrene, taler for at en omsorgsovertagelse ikke er til barnets beste. Det kan videre tenkes at det noen år senere vil være til barnets beste at barneverntjenesten overtar omsorgen.

8.4.3 Andre egenskaper ved barnet

I flere av høyesterettsdommene hvor Høyesterett har drøftet konsekvensene av en adskillelse fra de som har den daglige omsorgen for barnet, har de sakkyndige uttalt seg om hvilke forutsetninger det aktuelle barnet har for å takle en adskillelse fra de barnet bor sammen med, og Høyesterett har vist til disse uttalelsene. En begrepsbruk som går igjen, er at barnet beskrives som robust, eventuelt lite robust eller sårbart. Denne begrepsbruken finner vi for øvrig også i NOU 2012: 5 s. 62. For eksempel kan man lese i Rt. 1194 side 805: "D er i dag to år og fire måneder, og har bodd i fosterhjemmet i nær to år. Hun beskrives som et robust og harmonisk barn, normalt utviklet for alderen. Både psykisk og fysisk er hun i en god situasjon hos sine fosterforeldre."

I saken i Rt. 1987 s. 578 (på side 587) fremholdes barnets manglende emosjonelle robusthet som et argument mot adskillelse fra fosterforeldrene: "Etter vår vurdering er likevel ikke C noe robust barn emosjonelt sett. Det ser ut til at han har reagert på kontaktbrudd med en

følelsesmessig avsperring som går ut over en vanlig tilpassingsreaksjon. Dette kan dels skyldes uheldige omstendigheter ved overflyttingen, men vi tror også det skyldes at han er sensitiv og lett aktiverbar av temperament."

I saken i Rt. 1991 side 1355 knytter også førstvoterende adskillelsesproblematikken til barnets sårbarhet: "B er i en sårbar fase av sitt liv. Han har knyttet seg til fosterforeldre over de siste par år, og er i ferd med å etablere, for første gang i sitt liv, kameratforhold i et nærmiljø. Han er ingen robust gutt, og han bruker fortsatt mye krefter på å regulere sine emosjonelle forhold til sine forskjellige voksne. Det har imidlertid vært en klar utvikling, særlig over det siste året, i retning av å stå opp for seg selv, bli trygg, og dermed også våge å profilere seg som person. Dersom B på ny skulle rykkes ut av sitt miljø ville det være en betydelig belastning som høyst sannsynlig setter ham til bake i utvikling også på lang sikt."

Også i saken i Rt 1993 side 671 ble barnets psykiske sårbarhet nevnt i forbindelse med problemene med en tilbakeføring til moren. I denne saken ble barnets sårbarhet imidlertid først og fremst drøftet som en utfordring som ville stille store krav til morens omsorgsevne. I saken i Rt. 2002 side 875 viste førstvoterende til at barnet var betydelig traumatisert og hadde gjennomgått et brudd med mor, senere med beredskapshjemmet. I saken i 1991 s. 668 (tilbakeføringssak) formulerte Høyesterett problemstillingen som følger: "Partene har gått nøye inn på spørsmålet om S er spesielt sårbar - om det foreligger restskader etter tidligere tapstraume som kan fryktes reaktivert ved ny adskillelse fra nære omsorgspersoner."

Hvorvidt barnet har vært flyttet flere ganger og av den grunn kan være sårbart, fremføres som et moment ved vurderingen av om et barn skal tilbakeføres til sine foreldre, i NOU 2012: 5 s. 120:

"Et annet forhold som må vurderes, er om barnet har hatt flere flyttinger. Backe-Hansen påpeker at barnets behov for stabilitet kan være så stort at det kan føre til alvorlig skade hvis det blir flyttet igjen.⁴⁴ Skadene som flere flyttinger ofte skaper, kan tilta og gjøre ny

⁴⁴ I en fotnote viser utvalget til Backe-Hansen 1993

tilknytning vanskelig.⁴⁵ Det må også vurderes om barnet var emosjonelt skadet før det flyttet i fosterhjemmet. I så fall kan barnet ha små ressurser til å tåle (ny) atskillelse og omstilling til nye mennesker og nytt miljø. Tidligere skader kan ha skapt sårbarhet for nye belastninger og skape komplikasjoner selv om barnet har fått hjelp i fosterhjemmet og fungerer bra der.⁴⁶

Et eksempel fra Høyesteretts praksis på at antall tidligere flyttinger av barnet er blitt tillagt betydning, er tilbakeføringssaken i Rt. 1985 s. 344. I saken ble barnet ikke tilbakeført til moren. Førstvoterende viste til at barnet var blitt utsatt for elleve adskillelser fra omsorgspersoner, og at disse bruddene hadde skjedd i en fase av livet "hvor en regner med at et barn er mest sårbart med hensyn til psykiske skader ved brudd i kontakten med moren."

8.4.4 Hva som skjer etter en omsorgsovertagelse

Et forhold som er med på å påvirke hvor store konsekvenser adskillelse vil få for barnet, er hva som skjer etter omsorgsovertagelsen. En gjennomgang av Høyesteretts praksis i omsorgssaker viser at Høyesterett i flere saker hvor retten har lagt vekt på konsekvensene av en adskillelse, også har lagt vekt på at hvilke konsekvenser en adskillelse vil få får barnet, påvirkes av hvor god omsorg barnet kan ventes å få etter en omsorgsovertagelse (eller tilbakeføring). Som tidligere nevnt, gjengav Høyesterett i saken i Rt. 1991 side 1090 den sakkyndiges kommentar om at et barn som opplever et tap av en person som psykologisk fungerer som barnets foreldre, vil stille ekstra krav til stabilitet og forutsigbarhet fra sine omsorgsgivere hvis utviklingsskadene skal repareres.

Det kan også vises til Sosiallovutvalgets poengtering av at begrensninger i hjelpeapparatet kan bidra til at flytting av barnet utgjør en risiko: "Flyttingen er en risiko som må tas i betraktning også fordi hjelpeapparatet ofte er begrenset eller ikke fungerer tilfredsstillende."⁴⁷

I saken i Rt. 1986 s. 1189 uttalte førstvoterende (på side 1196): "Jeg viser også til det som de

⁴⁵ I en fotnote viser utvalget til Backe-Hansen 2004

⁴⁶ I en fotnote viser utvalget til Bunkholdt 2010

⁴⁷ NOU 1985: 18 pkt. 11.5.8.2, gjengitt i Ofstad og Skar (2009) s. 114

sakkyndige for Høyesterett uttaler om at C på grunn av de reaksjoner som han må ventes å utvikle på et miljøskifte, vil stille særlig store krav til foreldrenes omsorg for ham."

I Rt. 1987 s. 578 (på side 586) uttaler førstvoterende: "De sakkyndige konkluderer likevel med at C bør overføres til fosterforeldrene, idet de finner at dersom "en overflytting av C blir gjennomført på betryggende måte og fulgt opp i tilstrekkelig grad tror vi at langtidsvirkningene av en overføring ikke vil bli så alvorlige".

I Rt. 2004 s. 1683 uttaler Høyesterett (spalte 50): "Etter bestemmelsen § 4-21 første ledd annet punktum skal - som jeg tidligere har gjort rede for - omsorgen ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det «etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet». I denne vurderingen vil foreldrenes evne til å håndtere barnets reaksjoner kunne få stor betydning. Evnen på dette punkt vil ha sammenheng med foreldrenes omsorgsevne generelt, men tilstrekkelig omsorgsevne i alminnelighet innebærer ikke nødvendigvis at foreldrene vil klare den spesielt krevende oppgave som vil foreligge når det er tale om å bryte en nær tilknytning for barnet, jf. Kirsten Sandberg: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse. Oslo 2003 side 211. Dette vil etter mitt syn være en aktuell situasjon i denne saken."

Også i sakene i Rt. 1993 side 671, Rt. 1995 side 350 og Rt. 2002 side 875 påpeker Høyesterett at problemene en adskillelse vil påføre barnet ved en flytting fra fosterforeldrene til foreldrene, stiller særlige krav til foreldrenes omsorgsevne. I saken i Rt. 2002 side 875 (på side 884) skriver førstvoterende: "En adskillelse fra fosterforeldrene ved tilbakeføring til mor vil gi henne et nytt sår i sinnet, og det stilles store krav til den omsorgspersonen som skal lede henne gjennom de vanskelighetene hun vil stå overfor."

Sakene vist til ovenfor gjelder i realiteten tilbakeføring til foreldrene. Ved spørsmål om barnet skal flyttes fra foreldrene, vil fylkesnemnda eller domstolene selv ta stilling til om barnet skal plasseres i fosterhjem eller institusjon (barnevernloven § 4-14). Kravene til fosterforeldre er angitt i § 4-22 annet ledd: "Til fosterforeldre skal det velges personer som har særlig evne til å gi barn et trygt og godt hjem, og som kan løse oppfostringsoppgavene i samsvar med de

forutsetningene som er lagt til grunn om oppholdets varighet m.m., jf. § 4-15." Når det forutsettes at barnet ved en omsorgsovertagelse vil bli plassert hos mennesker med god omsorgskompetanse, blir det ikke like aktuelt å ta med i betraktningen hvilke krav adskillelsen stiller til den som skal ha omsorgen for barnet.

Derimot kan man se på andre sider av den situasjonen barn befinner seg i når barnevernet overtar omsorgen for barnet. Et praktisk eksempel er hvordan selve henting av barnet foregår. Forskeren Gunn Astrid Baugerud ved Psykologisk Institutt ved Universitetet i Oslo har vært til stede og studert bortplasseringer i regi av barnevernet.⁴⁸ Det viste seg at 80 % av plasseringene var akutt-plasseringer, som hjemles i barnevernloven § 4-6, mens bare 20 % var planlagt. Baugerud var til stede som observatør under plasseringene og registrerte stressnivået til barna. Hun fant at barn som ble hentet akutt, var betydelig mere stresset enn barn som ble planlagt plassert.

Mange av barna i undersøkelsen viste høyt stressnivå. Det påpekes i artikkelen på forskning.no at stress aktiverer nervesystemet, og kroppen skiller ut hormonet kortisol. Dette er en naturlig og nødvendig reaksjon, men vedvarende stress og langvarig utskillelse av kortisol kan skade immunsystem og hjernestrukturer som er sentrale for hukommelsen. På denne måten er det fare for at barns hukommelsesutvikling svekkes.

Resultatene fra Baugeruds doktoravhandling viser at måten en omsorgsovertagelse gjennomføres på, har stor betydning for barna. I en omsorgssak er det imidlertid ikke aktuelt å ta stilling til om barnet skal hentes planlagt eller ikke. I disse tilfellene har barneverntjenesten allerede tatt stilling for en omsorgsovertagelse. Derimot kan bruk av tvang bli aktuelt hvis foreldrene eller barnet motsetter seg omsorgsovertagelsen.

At måten en omsorgsovertagelse gjennomføres på, kan få betydelige konsekvenser for barna, gjør at to problemstillinger blir aktuelle. For det første kan man stille spørsmålet om retten eller fylkesnemnda kan sette betingelser for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse. Hvis

⁴⁸ <http://www.forskning.no/artikler/2012/mai/321478>

man kommer til at retten eller fylkesnemnda har en slik adgang, kan man også drøfte i hvilken grad retten eller fylkesnemnda bør stille betingelser for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse.

Den andre problemstillingen er hvorvidt adgangen til å sette betingelser for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse har betydning for hvorvidt barneverntjenesten skal overta omsorgen for barnet eller ikke.

Når det gjelder rettens adgang til å sette betingelser, er gjeldende rett at det ikke er adgang til såkalt "betinget omsorgsovertagelse", dvs. at foreldrene får beholde omsorgen for barnet under forutsetning av at foreldrene utøver omsorgen på en bestemt måte. I Rt. 1987 s. 578 uttaler førstvoterende på side 584: "Når det skal avgjøres om barnevernsnemnda skal overta omsorgen eller beholde omsorgen, må det skje en vurdering av hvorledes barnets fremtidige situasjon vil bli hvis omsorgen ikke er hos barnevernsnemnda. Ved denne vurdering vil det blant annet ha betydning hvor barnet i tilfelle skal være og hvem som skal ta seg av det. Det er således for snevert å foreta en isolert vurdering av barnets foreldre, når det også er andre omsorgspersoner i bildet. Avgjørelsen vil måtte bygge på bestemte forutsetninger om den fremtidige utvikling. En domstol kan imidlertid ikke fastsette som vilkår for opphevelse at foreldrene i fremtiden ordner omsorgsspørsmålet på en bestemt måte. Et slikt vilkår vil være uten rettslig betydning. Brudd på vilkåret vil ikke kunne føre til at omsorgen automatisk går tilbake til barnevernsnemnda. Det vil måtte treffes et nytt vedtak, og det avgjørende vil være om betingelsene etter § 16 bokstav a jf. § 19 er til stede på avgjørelsestidspunktet, og ikke vilkårsbruddet."

Etter barnevernloven § 6-8 kan barnevernadministrasjonens leder kreve bistand fra politiet til gjennomføring av bl.a. omsorgsovertagelse. I en kjennelse i Rt. 1997 s. 1152 kom ankeutvalget til at lagmannsretten hadde adgang til å sette som vilkår for iverksettelse av omsorgsovertagelsen at det ikke skulle brukes tvang overfor barnet, en 16 år gammelt gutt. I saken hadde lagmannsretten besluttet utsatt iverksettelse av omsorgsovertagelsen. Ankeutvalget uttalte at ved vurderingen av om lagmannsretten hadde kompetanse til å sette et vilkår om at det ikke skulle brukes tvang ved iverksettelsen, måtte få vesentlig betydning at spørsmålet om iverksettelse skulle utsettes eller ikke, kunne bero på en skjønnsmessig

vurdering hvor flere forhold var relevante. Også problemene ved gjennomføringen av en iverksettelse, herunder om det vil være nødvendig å bruke tvang, kunne ha betydning ved vurderingen.

Ankeutvalget kom til at retten i en slik situasjon, hvor det dreiet seg om flytting av en 16 år gammel gutt, i alle fall må kunne sette vilkår som begrenser de virkemidler barnevernmyndighetene ellers ville ha hatt. Videre må det gjelde selv om det etter barnevernloven § 6-8 er overlatt til barnevernmyndighetene å velge den fullbyrdelsesmåte som er mest hensiktsmessig.

Kjennelsen slår fast at retten har en adgang til å sette vilkår for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse. Ved vurderingen av hvorvidt retten bør sette vilkår for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse, kan begrunnelsen for kjennelsen gi veiledning. Ankeutvalget åpnet for at det etter en skjønnsmessig vurdering kan være til barnets beste at retten stiller vilkår til gjennomføringen av en omsorgsovertagelse.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt adgangen til å stille vilkår for gjennomføringen av en omsorgsovertagelse, finnes det ikke eksempler fra Høyesteretts praksis på at Høyesterett har gitt barneverntjenesten medhold i omsorgsovertagelse, men samtidig stillet vilkår for omsorgsovertagelsen. Kjennelsen i Rt. 1997 s. 1152 er prosessuell og tar stilling til lagmannsrettens adgang til å stille vilkår, ikke til hvorvidt det er hensiktsmessig å stille vilkår. Begrunnelsen for kjennelsen synes å åpne for at vilkår som i den angjeldende saken etter en konkret vurdering kan være hensiktsmessig.

8.4.5 Forholdet til foreldrene

Det er naturlig å anta at en adskillelse fra foreldrene lettere vil kunne bli traumatisk hvor barnets forhold til foreldrene er godt. Det er også Høyesterett inne på i Rt. 1986 s. 1189, i det omfattende sitatet fra sakkyndige gjengitt i kapittel 3.1: ”Men da dette fundamentet eller denne basis for videre utvikling utgjøres av barnets *forhold* til sine foreldrefigurer, kan dette forholdet ikke bryte uten at også fundamentet for videre personlighetsutvikling vakler. Derfor blir et brudd med foreldrefigurer som barnet har knyttet seg godt til, langt mere traumatisk

enn om forholdet har dårligere kvalitet, samtidig som barnet i det gode forhold har flere ressurser å tære på.”

I en omsorgssak vil den offentlige parts begrunnelse for at omsorgsovertagelse er riktig, være mangler (eventuelt fremtidige mangler) ved foreldrenes omsorg. Manglene ved foreldrenes omsorg og negative konsekvenser av adskillelse vil da være momenter som med en viss vekt trekker i hver sin retning. Det som siktes til i det gjengitte fra Rt. 1986 s. 1189 over, er imidlertid ikke mangler ved foreldrenes omsorg som en motvekt til konsekvensene av adskillelse fra foreldrene, men kvaliteten på forholdet til foreldrene som noe som styrker eller svekker egenvekten av negative konsekvenser av adskillelse fra foreldrene.

Et eksempel på at Høyesterett har drøftet hvordan kvaliteten på forholdet til foreldrene påvirker konsekvensene av adskillelse, finner vi i Rt. 2002 s. 875. I denne saken viste førstvoterende til vitne observasjoner som skildret hvordan moren var uvanlig passiv i samvær med datteren. Det var uenighet mellom de sakkyndige mht hvilke reaksjoner datteren viste på separasjon fra moren, og Førstvoterende fant det vanskelig å trekke noen konklusjon med hensyn til hvorvidt fylkesnemndas vedtak var riktig. Førstvoterende gjengav imidlertid fra en av de sakkyndige at barnet ”gikk ikke inn i noe som er typisk for en sorgprosess ved møtet med mor. De følelsesmessige kvalitetene som en da ville forvente, som for eksempel tilbaketrekning, emosjonell flatet, sinne eller avvisning av situasjonen var ikke tilstede”.

8.5 Fosterhjemsplassing hos barnets slektninger

I "Atskillelse barn og foreldre" (s. 85 flg.) omtaler Kvilhaug fordeler ved å bruke barnets slektninger som fosterforeldre. Kvilhaug skriver at forskning både fra Norge og andre land viser fordelene ved å bruke slektsfosterhjem, dvs. å bruke barnets slektninger som fosterforeldre. Kvilhaug gir ett konkret eksempel på slik forskning, Amy Holtans doktoravhandling i Norge. Holtans avhandling og annen relevant forskning omtales også i NOU 2012: 5 s. 92.

Jeg vil i det følgende se på hvilken betydning kunnskap om fordeler ved slektsfosterhjem har for gjeldende rett. To problemstillinger peker seg ut som interessante. Den ene er hvilken

betydning fordelene ved slektsfosterhjem har for valg av plassering når omsorgsovertagelse vedtas. Den andre er hvilken betydning de har for spørsmålet om omsorgsovertagelse skal finne sted. Den første av de to problemstillingene faller utenom hovedproblemstillingen - hvilken betydning empirisk kunnskap om virkninger av adskillelse har for gjeldende rett, men har allikevel så nær sammenheng med temaet at jeg velger å behandle det her.

Barnevernlovens § 4-14 angir fire plasseringsalternativer ved omsorgsovertagelse: fosterhjem, institusjon, opplærings- eller behandlingstilstand når dette er nødvendig fordi barnet er funksjonshemmet, eller omsorgssenter for mindreårige (bestemmelsen viser til lovens kapittel 5A, hvor det fremgår at dette alternativet er aktuelt for enslige mindreårige asylsøkere).

Lovens § 4-15 første ledd gir føringer for valget mellom alternativene i § 4-14: "Innenfor den ramme som fastsatt i § 4-14 skal stedet for plassering velges ut fra hensynet til barnets egenart og behov for omsorg og opplæring i et stabilt miljø. Det skal også tas tilbørlig hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse, og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Det skal videre tas hensyn til hvor lenge det er trolig at plasseringen vil vare, og til om det er mulig og ønskelig at barnet har samvær og annen kontakt med foreldrene".

Med hjemmel i barnevernloven § 4-22 er det gitt en forskrift om fosterhjem, forskrift av 18.12.2003 nr. 1659. Forskriftens § 4 annet ledd sier at barneverntjenesten alltid skal vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem. I første ledd, første punktum slås det fast at ved valg av fosterhjem til et barn skal barneverntjenesten legge avgjørende vekt på hensynet til barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1.

Det var tidligere uavklart hvorvidt retten kunne overprøve fylkesnemndas valg av fosterhjem. I saken i Rt 1999 s. 843 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at det uansett måtte være en forutsetning for at retten skulle kunne prøve valget av fosterhjem, at fylkesnemnda hadde tatt stilling til valg av fosterhjem. I Rt. 2011 s. 377 kom Høyesterett til at domstolene kan prøve spørsmål om fosterhjemsplassering hos "noen i barnets familie eller nære nettverk", jf. fosterhjemsforskriften § 4 annet ledd.

Empirisk kunnskap om fordeler ved å plassere barnet hos barnets slektninger er et moment

som taler for bruk av slektsfosterhjem i den enkelte omsorgssak, der hvor det er praktisk mulig. I den grad forskningsbasert kunnskap konkluderer med at slektsfosterhjem reduserer risikoen for traumer, og alvorlighetsgraden ved disse, taler det for å gi disse fordelene en viss vekt.

Andre momenter kan derimot gjøre at plassering i slektsfosterhjem ikke er tilrådelig. Saken i Rt. 1994 s. 805 gjaldt ansvarsovertagelse. Barnets biologiske foreldre ønsket å beholde foreldreansvaret for å samtykke i at morens slektninger adopterte barnet. I saken talte også barnets etniske bakgrunn for dette. Høyesterett fant imidlertid at risikofaktorene ved en slik løsning var såpass betydelige at ansvarsovertagelse var det riktige. De sakkyndiges vurdering av det eventuelle slektsfosterhjemmet, mors søster og hennes mann, var meget positiv. Det var imidlertid betenkeligheter som var knyttet til behovet for å skjerme barnet i morens psykotiske perioder. I tillegg kom betydningen av det brudd som en overføring av barnet fra det daværende fosterhjemmet ville representere.

Barnevernloven § 4-22 omhandler fosterhjem. Paragrafens annet ledd gjelder hvem som kan velges som fosterforeldre: "Til fosterforeldre skal det velges personer som har særlig evne til å gi barn et trygt og godt hjem, og som kan løse oppfostringsoppgavene i samsvar med de forutsetningene som er lagt til grunn om oppholdets varighet m.m., jf. § 4-15."

Bestemmelsen innebærer at de som er aktuelle som fosterforeldre, må ha "særlig evne" til å gi barn generelt et trygt og godt hjem. Et hensyn bak dette nevnes i retningslinjene for fosterhjem (Q-1072B). Ved rekruttering av fosterforeldre kjenner man ikke til barnet som skal plasseres. Kravene som stilles til potensielle fosterforeldre, må derfor ikke bare avspeile hva som kan være godt for ett barn, men hva som er godt for barn generelt.

Når barnets slektninger er aktuelle som fosterforeldre, har dette hensynet mindre betydning. Det kan tenkes tilfeller hvor barnets slektninger har alminnelig god omsorgsevne, og det kan være til barnets beste å bli plassert hos slektningene, samtidig som slektningene ikke har "særlig evne" til å gi barn generelt et trygt og godt hjem. En problemstilling blir da om det allikevel er mulig å velge slektningene som fosterforeldre.

Barnevernlovens ordlyd taler mot. Barnevernloven har høyere trinnhøyde enn forskrift om

fosterhjem og går foran ved motstrid. Riktignok sier § 4-1 første ledd at det ved tiltak etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på barnets beste. Men bestemmelsen innebærer bare at barnets beste skal være avgjørende ved valg mellom tiltak som barnevernlovens kapittel 4 hjemler. Bestemmelsen er ikke et eget hjemmelsgrunnlag for f.eks. å godkjenne fosterforeldre. Dessuten er det tvilsomt om valg av fosterforeldre kan betegnes som et "tiltak" etter barnevernloven. I teorien (se f.eks. Sandberg 2003 s. 189) er det lagt til grunn at vedtak om opphevelse av omsorgsvedtak ikke er "tiltak" som dekkes av § 4-1 første ledd.

Mens barnevernloven § 4-1 første ledd antas å ikke gjelde for valg av fosterhjem, gjelder like fullt Barnekonvensjonens artikkel 3 som krever at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som foretas av bl.a. domstoler og administrative organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Ved motstrid skal Barnekonvensjonen gå foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Mens Barnekonvensjonen ikke gir noe hjemmelsgrunnlag for å godkjenne fosterforeldre, taler artikkel 3 etter mitt syn for å velge den tolkning som er til barnets beste.

Det finnes også en praksis for å lempe noe på kravene til fosterforeldre når det gjelder plasseringer i barnets familie eller nære nettverk. Det gjengis fra retningslinjer for fosterhjem: "Anser barneverntjenesten at det er en mulighet for at barnets familie eller nære nettverk vil kunne bli godkjent som fosterforeldre, må utredningen av deres egnethet gis samme omfang som for andre potensielle fosterforeldre. Også barnets familie eller nære nettverk må i utgangspunktet oppfylle de generelle kravene som stilles til fosterforeldre i fosterhjemsforskriften § 3. Disse kravene må imidlertid kunne fravikes noe dersom det utvilsomt er til barnets beste å bli plassert nettopp i familien eller nettverket."

Uttalelser i NOU 2012: 5 s. 93 kan imidlertid tyde på at lovgiver har villet presisere at de samme krav gjelder til slektsfosterhjem som andre fosterhjem. Sett i sammenheng med uttalelser på side 91, hvor Veiledning for fosterhjem siteres på at de generelle kravene til fosterhjem kan fravikes noe når barnet plasseres hos den andre forelderen, kan tyde på at det ikke har vært hensikten. Den manglende drøftingen av om en endring av praksis har vært tilsiktet, kan etter mitt syn tas til inntekt for at så ikke er tilfelle.

8.5.1 Fosterhjemsplassering hos barnets biologiske forelder

En form for fosterhjemsplassering i barnets familie eller nære nettverk som kan nevnes spesielt, er plassering hos den av foreldrene som ikke har den daglige omsorgen. Etter barnevernloven av 1953 var det ikke adgang til å fosterhjemsplassere barnet hos den av foreldrene som ikke hadde den daglige omsorgen for barnet; lovens § 29 definerte et fosterbarn som et barn som var anbrakt til oppfostring i et privat hjem hos andre enn barnets foreldre eller adoptivforeldre.

Ved behandlingen av gjeldende barnevernlov foreslo departementet at det skulle være adgang til å fosterhjemsplassere barn hos den av foreldrene som ikke hadde den daglige omsorgen. Bakgrunnen for dette var at Stortinget i forbindelse med Stortingets behandling av Ot.prp. nr. 44 (1991–92) ble bedt om å se på muligheten for en samordning av barnevernloven og barneloven.⁴⁹ Dette skyldtes at Forbruker- og administrasjonskomiteen fant det "urimelig at barnet i tilfelle av omsorgssvikt må plasseres i fosterhjem selv om barnet har god kontakt med den andre av foreldrene, og denne anses å kunne gi barnet den nødvendige omsorg."

Departementet gikk i Ot.prp. nr. 104 (1992–93) mot å samordne de to lovene, men pekte på at lovendring ikke var nødvendig, da bestemmelsen fra barnevernloven av 1953 om at fosterhjemmet skal være et annet hjem enn foreldrene, ikke var videreført.⁵⁰

Departementet har gitt retningslinjer for fosterhjemsplassering hos biologiske foreldre i rundskriv Q-0835/1993. Det kreves at forelderen barnet eventuelt skal fosterhjemsplasseres hos, har tatt skritt til å få løst saken etter barnelovens regler før plassering foretas.

Retningslinjene presiserer at når det treffes vedtak om omsorgsovertagelse for et barn, skal det etter barnevernlovens § 4-1 legges avgjørende vekt på å finne frem til tiltak som er til barnets beste. Det innebærer at det er en absolutt forutsetning for å kunne foreta plassering hos en av foreldrene at løsningen totalt sett er til barnets beste.

Når det gjelder kravet til den biologiske forelderens omsorgsevne, heter det i retningslinjene:

⁴⁹ Se Ofstad og Skar (2009) s. 222

⁵⁰ Ibid

"Dersom en fosterhjemsplassering hos en av foreldrene skal være til barnets beste, må den av foreldrene barnet plasseres hos, ha *tilfredsstillende omsorgsevne*. Dersom dette ikke er sannsynliggjort vil barnet utsettes for en unødig belastning ved at det senere må flyttes til nytt plasseringssted. Dette ville være klart i strid med formålet med adgangen til å kunne fosterhjemsplassere hos biologiske foreldre."

8.5.2 Muligheten for plassering i barnets familie eller nære nettverk og betydningen for spørsmålet om omsorgsovertagelse

Jeg ser så på hvilken betydning adgangen til å plassere barnet i familien eller det nære nettverket har for hvorvidt det barnevernet kan overta omsorgen etter § 4-12. Barnevernlovens § 4-15 annet ledd annet punktum gir fylkesnemnda adgang til å stille vilkår når det gjelder plasseringen av barnet. Tredje punktum sier at dersom barnet ikke kan plasseres slik det ble forutsatt i forslaget, skal saken forelegges fylkesnemnda på nytt.

Disse bestemmelsene er kommentert slik i Rt. 2011 s. 377 (avsnitt 38): "Bestemmelsen sier ikke noe om hva det kan stilles vilkår om, og dette er heller ikke kommentert nærmere i forarbeidene. I Rt-1999-843 er det forutsatt at det kan stilles vilkår om konkrete valg av fosterhjem."

En konsekvens av dette er at fylkesnemnda eller domstolene kan innta det standpunkt at det er til barnets beste at omsorgen overtas dersom barnet plasseres i familien eller det nære nettverket, men ikke ellers. Problemer forårsaket av selve adskillelsen er et moment som generelt vil trekke i retning av at omsorgen ikke overtas av barnevernstjenesten. Når det foreligger forskning som konkluderer med at ulempene ved adskillelsen blir mindre når barnet plasseres hos slektninger eller i nære relasjoner, taler det for at adskillellesproblematikken får mindre vekt i barnets beste- vurderingen dersom en slik plassering er aktuell. Hvor mye mindre vekt adskillellesproblematikken gis, må vurderes konkret i hver sak.

9 Fylkesnemndas praksis

9.1 Presentasjon av materialet

Jeg har gjennomgått 91 fylkesnemndsvedtak fra årene 2012 og 2013. Jeg gikk gjennom den kronologiske oversikten over saker for fylkesnemnda for sosiale saker på Lovdata for årene 2012 og 2013 og plukket ut praktisk talt samtlige saker om omsorgsovertagelse etter barnevernlovens § 4-12 hvor barnet var under 17 år på vedtakstidspunktet⁵¹. Ikke alle fylkesnemndsvedtak blir publisert på Lovdata. Utvalget er derfor ikke representativt. Den ene saken som jeg utelot fra utvalget, er FNV-2012-490-HSF. Saken gjaldt omsorgsovertagelse av en 16 år gammel gutt som kom til Norge som enslig mindreårig asylsøker. Da det ikke var et spørsmål om gutten skulle bo sammen med foreldrene eller ikke, hadde denne saken ingen relevans for oppgavens problemstillinger.

For å gjøre presentasjonen av materialet enklere har jeg nummerert sakene i kronologisk rekkefølge, slik at jeg i det følgende omtaler sakene som sak 1 til sak 91, hvor sak 1 er den første i kronologisk rekkefølge. I registeret står de 91 sakene oppført i kronologisk rekkefølge.

I de fleste sakene, 65 saker, gjaldt saken krav om omsorgsovertagelse av ett barn. I 18 saker⁵² gjaldt saken to barn. I tre saker⁵³ gjaldt saken tre barn. I fire saker⁵⁴ gjaldt saken fire barn, mens en sak⁵⁵ gjaldt fem barn. I alt tok fylkesnemnda stilling til begjæring av omsorgsovertagelse for 131 barn i de 91 sakene. I en sak, sak 30, vedtok fylkesnemnda omsorgsovertagelse for det ene av to barn kommunen hadde begjært omsorgsovertagelse av. I de øvrige sakene som gjaldt mere enn ett barn, kom fylkesnemnda til samme konklusjon med hensyn til omsorgsovertagelse for begge/alle barna.

⁵¹ Grunnen til at jeg har valgt aldersgruppen opp til 17 år, er at Kvilhaug (2005) s. 3 skriver at det er påvist sammenheng mellom adskillelse og skade for barn helt opp til 17-årsalderen. At jeg tar utgangspunkt i aldersgruppen 0-17 innebærer ikke at jeg tar stilling til for hvilke aldersgrupper empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse er relevant, og i hvilken grad. Under har jeg delt sakene inn etter barnets alder. Når den yngste aldersgruppen omfatter barn i alderen 0-4 år, er det fordi Raundalen-utvalget fokuserer spesielt på denne aldersgruppen, jf. NOU 2012: 5 s. 120.

⁵² Sak 1, 8, 11, 12, 14, 21, 26, 34, 45, 46, 49, 54, 58, 59, 63, 68, 84 og 88

⁵³ Sak 10, 27 og 44

⁵⁴ Sak 48, 57, 61 og 72

⁵⁵ Sak 51

Av de 91 sakene fikk barneverntjenesten medhold i 81 saker, mens foreldrene fikk medhold i 9 saker.⁵⁶ I tillegg kommer sak 30 hvor fylkesnemnda vedtok omsorgsovertagelse for det ene av to barn. I alt vedtok fylkesnemnda omsorgsovertagelse for 116 av det 131 barna. Det er en medholdsprosent på 88,5 % for barnevernet. Medholdsprosenten ligger med det nær medholdsprosenten for barnevernet i fylkesnemnda de senere år. medholdsprosenten var 85,8 % i 2008, 84,2 % i 2009 og 88,4 % i 2010⁵⁷.

Aldersmessig fordelte sakene seg jevnt i de tre aldersgruppene 0-4 år, 4-9 år og 9- 17 år. Fordi flere av sakene gjaldt mere enn ett barn, og barna i samme sak i flere tilfeller tilhørte forskjellige aldersintervaller, blir summen av antall saker i tabellen under større enn 91.⁵⁸

Aldersgruppe	Antall saker
0-4 år	35
4-9 år	37
9-17 år	34

I de fleste fylkesnemndsvedtakene stod barnets alder oppført i begynnelsen av dokumentet. I enkelte saker var det bare oppført hvilket år barnet er født. I disse sakene har jeg satt barnets alder til det som alderen ville vært dersom barnet var født 30. juni.

Det var dissens om omsorgsovertagelsen i to av sakene. I sak 74 gikk flertallet mot omsorgsovertagelse, mens flertallet fattet vedtak om omsorgsovertagelse i sak 32. De øvrige 91 sakene var enstemmige hva angår spørsmålet om omsorgsovertagelse.

⁵⁶ Sak 2, 12, 15, 22, 31, 32, 42, 51, 76 og 90

⁵⁷ NOU 2012:5 s. 75

⁵⁸ Sak 1, 2, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 22, 27, 31, 39, 41, 42, 43, 46, 48, 51, 53, 57, 59, 62, 65, 69, 72, 81, 83, 85, 86 og 91 gjaldt barn 0-4 år. Sak 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 16, 18, 23, 2, 33, 36 37, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 57, 59, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 68, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 82 og 89 gjaldt barn i alderen 4-9 år, mens sak 8, 10, 12, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 38, 40, 44, 45, 47, 48, 49, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 71, 79, 84, 87, 88 og 90 gjaldt barn i alderen 9-17 år.

9.1.1 Forholdet til barnevernloven § 4-8 annet ledd første punktum

Barnevernlovens § 4-8, 2. ledd, 1.punktum sier at dersom det er overveiende sannsynlig at flytting av et barn som bor utenfor hjemmet, vil føre til en situasjon eller risiko som nevnt i § 4-12 første ledd, kan det fattes vedtak om omsorgsovertagelse av barnet. I undersøkelsen har jeg valgt å ikke ta med saker etter denne bestemmelsen. Saker etter denne bestemmelsen har meget til felles med saker etter barnevernlovens § 4-12, da bestemmelsen viser til de materielle vilkårene for omsorgsovertagelse i § 4-12 første ledd. Grunnen til at jeg ikke har tatt med saker etter 4-12 annet ledd første punktum, er at barnet i slike saker kan ha bodd i lengre tid utenfor hjemmet, og drøftelsen av adskillelse fra barnets omsorgspersoner blir en annen. Også i saker etter § 4-12 kan barnet ha bodd i lengre tid utenfor hjemmet (jf. kapittel 3.1 om Høyesteretts praksis). I saker som går for fylkesnemnda vil barnet som regel kun i kort tid ha bodd utenfor hjemmet.

Det er ingen automatikk i at barnet i saker for fylkesnemnda etter § 4-12 vil ha sin primære tilknytning til foreldrene. Som jeg vil komme tilbake til under, var det tre saker hvor det ble vist til som moment for omsorgsovertagelse at barnet hadde sin tilknytning til fosterhjemmet. På den annen side kan barn som bor utenfor hjemmet, slik at vedtak om omsorgsovertagelse eventuelt må treffes etter § 4-8 annet ledd første punktum, godt tenkes å ha sin primære tilknytning til foreldrene. Det gjelder særlig hvis barnet er forholdsvis stort og har bodd relativt kort tid utenfor hjemmet. Når jeg har valgt å ta med sakene etter § 4-12 og ikke sakene etter § 4-8 annet ledd første punktum, er det delvis ut fra fordelene med å ha et enkelt utgangspunkt for utvalget, hvor utvalget blir om ikke representativt, så i det minste tilfeldig.

Når jeg har skullet skille mellom saker etter § 4-12 og § 4-8, har jeg tatt utgangspunkt i hvilken paragraf fylkesnemnda har drøftet sakene etter. Da fylkesnemnda er ubundet av partenes anførsler, er ikke det nødvendigvis det samme som den lovbestemmelse barneverntjenesten har anvendt i sin påstand (jf. Rt. 1987 s. 289). I tre tilfeller⁵⁹ var fylkesnemndssaken oppført som en sak etter § 4-12 i Lovdatas kronologiske register, men i fylkesnemndas drøftelse gikk det frem at fylkesnemnda hadde vurdert sakene etter § 4-8.⁶⁰ Disse sakene utelot jeg fra utvalget.

⁵⁹ FNV-2012-116-TRO, FNV-2012-67-OPP og FNV-2013-6-OPP

9.1.2 Kriterier for klassifisering av sakene

I kapittel 4.2 og 4.3 under vil jeg se på i hvilken grad konsekvenser av adskillelse har vært fremme i henholdsvis foreldrenes anførsler og i fylkesnemndas drøftelse. I de tilfellene hvor fylkesnemnda drøfter konsekvensene av adskillelse, kan det gjøres i vidt forskjellig grad. I utvalget finnes saker som sak 87, hvor fylkesnemnda forholdsvis omfattende drøfter adskillelse fra foreldrene, mens fylkesnemnda i sak 35 meget kortfattet kommenterer anførselen om at det er sterk tilknytning mellom barnet og moren.

Variasjonen i hvor grundig konsekvensene av adskillelse tas opp, gjør det nødvendig å foreta et valg med hensyn til hvor meget som skal til for å klassifisere en fylkesnemndssak som en sak hvor fylkesnemnda har drøftet konsekvensene av adskillelse fra foreldrene. Jeg har valgt å ta med saker hvor problemstillingen så vidt er nevnt, slik som i sak 35, hvor fylkesnemnda kun skriver: ”Mor og Gutt A har fortalt at Gutt A er svært knyttet til moen. Nemnda betviler for så vidt ikke dette.” for så å gå videre til å omtale svakheter ved morens omsorg. Da det er forholdsvis få saker hvor fylkesnemnda har drøftet konsekvensene av adskillelse, har det latt seg gjøre å omtale disse nærmere og kommentere forskjellene mellom dem mht hvor omfattende adskillellesproblematikk er drøftet.

Jeg har derimot ikke telt med saker hvor det bare er med en henvisning til den generelle begrunnelsen for det biologiske prinsipp – at barn generelt har best av å vokse opp sammen med foreldrene. Et eksempel er sak 71. Den generelle begrunnelsen for det biologiske prinsipp er i forarbeidene blitt brukt som begrunnelse for en høy terskel for at grunnvilkåret for omsorgsovertagelse i § 4-12 første ledd skal anses å være til stede, og en henvisning til (begrunnelsen for) det biologiske prinsipp sier derfor ikke noe om hvorvidt konsekvensene av adskillelse er blitt tillagt vekt under barnets beste-drøftelsen.

9.2 Foreldrenes anførsler

Jeg vil her se på i hvilken grad foreldrenes anførsler inneholder argumenter som går på konsekvensene for av en adskillelse fra foreldrene. Det er to grunner til at jeg velger å se på foreldrenes anførsler. For det første vil den private part gjerne være representert ved advokat

eller annen prosessfullmektig.⁶¹ Advokater har en viktig rolle som rettsanvendere, og i hvilken grad advokater retter oppmerksomheten mot kunnskap om adskillelse fra foreldrene, er derfor i seg selv en rettssosiologisk problemstilling av interesse.

Denne problemstillingen er en annen enn hovedproblemstillingene i avhandlingen – hvilken betydning empirisk kunnskap om konsekvensene av adskillelse har for gjeldende rett og for praksis i omsorgssaker. Mathisen (2005) s. 77-78 skisserer (med henvisning til Wilhelm Aubert) hvordan informasjon om lovers innhold filtreres gjennom mange ledd: kunngjøringen av lovene, domstolene, advokatene, forvaltningen og massemedia.

Mathisen knytter skisseringen av disse leddene til samfunnsområder hvor privatpersoner kan lide rettstap på grunn av uvitenhet om egne rettigheter. I omsorgssaker blir det en sak fordi den offentlige part, barneverntjenesten, fremmer forslag om omsorgsovertagelse. Hvordan advokater i disse sakene kommuniserer og anvender ikke bare selve loven og

En annen grunn til å se på foreldrenes anførsler er muligheten til å sammenholde hvor den private part har anført konsekvenser av adskillelse, med hvilke tilfeller hvor fylkesnemnda har drøftet konsekvenser av adskillelse som en del av barnets beste-drøftelsen.

Det er i denne sammenheng på sin plass å presisere at hva foreldrene ved prosessfullmektig har anført, ikke har noen rettslig betydning med hensyn til resultatet i saken. Fylkesnemnda er ikke bundet av partenes anførsler. Etter barnevernlovens § 6-1 første ledd gjelder forvaltningsloven med de særregler som er fastsatt i barnevernloven. Dermed gjelder forvaltningslovens § 17, 1. ledd for fylkesnemndssaker. Bestemmelsen sier at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Det kan i denne sammenheng også nevnes at hvis en fylkesnemndssak bringes inn for domstolene, faller saken inn under tvistelovens § 11-4 og er en sak uten fri rådighet for partene. At barnevernssaker er i selve kjerneområdet for bestemmelsen i tvisteloven, ser vi av saken i Rt. 2003 s. 1306, jf. kapittel 2.6.

⁶¹ Det er her umulig å fastslå hvor mange av de private parter som er representert ved advokat/prosessfullmektig. Når det eksempelvis i sak 89 står at "A har i det vesentligste anført:", kommer det ikke frem av vedtaket hvorvidt A, den private part, har vært representert ved advokat.

I en del av fylkesnemndssakene er det også en annen privat part, barnet. Etter barnevernloven § 6-3 annet ledd kan et barn som er fylt 15 år, og som forstår hva saken gjelder, opptre som part i saken. Fylkesnemnda kan også i særskilte tilfeller innvilge barn under 15 år partsstatus. Jeg har ikke gått gjennom barnets anførsler i disse sakene med det siktemål å undersøke hva som eventuelt er anført om adskillellesproblematikk. Det har sammenheng med temaets natur; empirisk kunnskap om konsekvenser av adskillelse dreier seg om psykologiske reaksjoner som kan være underbevisste.

Av de 91 fylkesnemndssakene var det 13 saker hvor foreldrene samtykket i omsorgsovertagelse.⁶² I en sak samtykker den ene av foreldrene, mens den andre forelderen ikke fremmer forslag til vedtak⁶³. I de øvrige 78 sakene finner vi en påstand fra en eller begge foreldre som går mot omsorgsovertagelse. Det er anførselene i disse sakene jeg vil se på her.

Jeg vil først nevne en mulig feilkilde. Jeg har ikke lest de private parters anførsler i sin helhet, men kun fylkesnemndas sammendrag av hva foreldrene i det vesentligste har anført. Det er derfor mulig at foreldrene har kommet med anførsler om konsekvenser av adskillelse som fylkesnemnda ikke har vurdert å tilhøre ”det vesentligste”.

I 23 av de 78 sakene⁶⁴ har foreldrene med anførsler som går på konsekvensene av adskillelse. I tillegg kan det nevnes at adskillellesproblematikk nevnes ikke i forbindelse med omsorgsspørsmålet, men i foreldrenes anførsler om samvær i tre saker, sak 23, 30 og 73. I sak 27 nevnes konsekvenser av adskillelse i forbindelse med spørsmålet om hvor barna skal plasseres.

Ett forhold som i tillegg anføres i flere saker, er at en omsorgsovertagelse vil kunne bryte tilhørigheten til en etnisk/kulturell gruppe familien tilhører. Dette anføres av foreldrene i 6 saker.⁶⁵ At båndene til familiens etniske gruppe svekkes, er klart en negativ konsekvens av omsorgsovertagelse. Det er samtidig en annen sak enn separasjonen fra barnets

⁶² Sak 3, 5, 11, 19, 20, 21, 25, 36, 54, 58, 71, 77, 79, 90 og 91

⁶³ Sak 5

⁶⁴ Sak 1, 6, 10, 24, 26, 35, 40, 44, 45, 47, 49, 55, 56, 61, 65, 66, 67, 70, 71, 74, 78, 84, 87

⁶⁵ Sak 12, 51, 53, 58, 67 og 75

omsorgspersoner, og jeg har ikke telt med disse sakene blant de sakene hvor foreldre har vist til konsekvenser av adskillelse.

9.3 Fylkesnemndas drøftelse

9.3.1 Barnets beste i fylkesnemndas vedtak

Her vil jeg se på i hvilken grad fylkesnemnda vurderte konsekvensene av adskillelse i sin drøfting av barnets beste. Da jeg gikk igjennom materialet, viste det seg at i svært mange av sakene var barnets beste-drøftelsen svært summarisk. I mange vedtak gikk fylkesnemnda grundig gjennom det som talte for eller mot at de to grunnvilkårene for omsorgsovertagelse var til stede. Derimot ble det kun nevnt med en setning at fylkesnemnda fant at omsorgsovertagelse var til barnets beste.

En drøftelse av konsekvensene av adskillelse hører inn under barnets beste-vurderingen. I Innst. O. nr. 80 (1991–92) er det uttalt i kommentarene til § 4-1 at i vurderingen av hvilke tiltak som skal settes i verk, og i vurderingen av hva som er barnets beste, må man også vurdere de negative konsekvensene en flytting vil medføre. I de vedtakene hvor det var en egen barnets beste-drøftelse, falt de momentene fylkesnemnda nevnte inn i noen få kategorier, hvorav en av dem var følgene av adskillelse fra foreldrene.

I 77 av fylkesnemndsvedtakene var barnas beste nevnt som ett av vilkårene for omsorgsovertagelse i nemndas redegjørelse for det rettslige grunnlaget for omsorgsovertagelse, mens barnets beste ikke var nevnt i denne sammenheng i 14 av sakene.⁶⁶

I 15 av sakene⁶⁷ begrunner fylkesnemnda at de to grunnvilkårene for omsorgsovertagelse i § 4-12 første og annet ledd er oppfylt, for så å skrive kun en setning om at omsorgsovertagelse er nødvendig og til barnets beste. I 8 saker⁶⁸ begrunnet fylkesnemnda at grunnvilkårene i § 4-12 for så å skrive en setning om at omsorgsovertagelse var til barnets beste. I 10 saker⁶⁹ nevnte ikke fylkesnemnda barnets beste i det hele tatt under drøftingen av omsorgsspørsmålet.

⁶⁶ Sak 5, 7, 11, 25, 27, 28, 40, 41, 49, 58, 59, 60, 62 og 89

⁶⁷ Sak 1, 7, 9, 14, 16, 18, 19, 21, 23, 24, 54, 73, 79, 81 og 89

⁶⁸ Sak 8, 13, 34, 39, 57, 60, 76 og 90

⁶⁹ Sak 2, 3, 11, 22, 41, 59, 72, 82, 84 og 91

I tre saker (sak 10, 33 og 47) begrunnet fylkesnemnda at vilkårene i § 4-12 var til stede, for så å konkludere med at det i denne saken var barnets beste at det ble plassert i fosterhjem. Barnets beste ble i disse tre sakene brukt som en overgang fra drøftelsen av hvorvidt omsorgen skulle overtas, til spørsmålet om hvor barnet skulle plasseres.

I tre saker⁷⁰ begrunnet fylkesnemnda at grunnvilkårene i § 4-12 var til stede for så å vise til ”kan-skjønn” i omsorgssaker. Nemnda viste til at det i § 4-12 første ledd står at omsorgen for et barn ”kan” overtas når vilkårene er til stede. Det vises så til § 4-1 om barnets beste. Så skriver fylkesnemnda at i saken det gjelder, er det barnets beste at omsorgen overtas.

Til sammen blir det 39 saker hvor det ikke er en selvstendig drøftelse av barnets beste. I tillegg kommer 7⁷¹ saker hvor fylkesnemnda begrunner at omsorgsovertagelse er til barnets beste, med å vise til behovet barnet har for en god omsorg. I en av disse sakene, sak 45, viser fylkesnemnds til barnets mening. I de andre sakene er ikke barnets beste-drøftelsen en avveining av fordelene og ulempene ved å overta omsorgen for barnet, men mere en oppsummering av hvorfor fylkesnemnda finner at grunnvilkårene for omsorgsovertagelse er til stede.

Et eksempel er sak 46 hvor fylkesnemnda etter å ha begrunnet at vilkårene etter barnevernloven § 4-12 første og annet ledd er til stede, skriver: ”Fylkesnemnda vurderer også at omsorgsovertagelse i dag fremstår å være til Gutt 1 og Gutt 2s beste. Det de treneger er omsorgspersoner som kan tilby en trygg, forutsigbar og stabil hverdag. Et er avgjørende for særlig Gutt 1s utvikling at han har omsorgspersoner som kan gi særlig oppfølging, noe som innebærer at de må evne å se og prioritere hans behov. (...)”

I tre av sakene, sak 17, 25 og 80, la fylkesnemnda til grunn at barnet hadde sin primære tilknytning til det hjemmet det bodde i, og ikke foreldrehjemmet, og det var et moment som talte for omsorgsovertagelse.

⁷⁰ Sak 42, 62 og 86

⁷¹ Sak 36, 45, 46, 50, 55, 65, 70

I 10⁷² saker drøfter fylkesnemnda konsekvenser av adskillelse fra foreldrene. Jeg vil under se nærmere på hvilke vekt adskillelse fra foreldrene ble tillagt i disse sakene. Drøftelsen av barnets beste og adskillelse fra foreldrene kan oppsummeres som i tabellen under:

Barnets beste ikke nevnt eller kun nevnt i form av en konklusjon	39 saker
Barnets beste-drøftelsen bestod av en påpekning av at grunnvilkårene for omsorgsovertagelse var til stede	7 saker
Barnet var knyttet til fosterhjemmet	3 saker
Fylkesnemnda drøftet konsekvensene av adskillelse	10 saker
Barnets beste-drøftelsen bestod av andre momenter enn konsekvensene av adskillelse	32 saker

9.3.2 Den vekt konsekvensene av adskillelse gis i fylkesnemndas drøftelse

Jeg vil her se på i hvilken grad fylkesnemnda har lagt vekt på konsekvensene av adskillelse i de 10 sakene hvor nemnda har drøftet adskillelse. I fire av disse sakene (sak 30, 31, 32, 43) fant fylkesnemnda at grunnvilkårene for omsorgsovertagelse ikke var til stede. I sak 31 fant fylkesnemnda ikke at vilkårene i § 4-12 første ledd bokstav a og d var oppfylt, mens fylkesnemnda i sak 30, 32 og 43 kom frem til at manglene ved omsorgen kunne avhjelpes ved hjelpetiltak.

I disse fire sakene var drøftingen av barnets beste og konsekvensene av adskillelse egentlig ikke nødvendig. Fylkesnemnda har allikevel funnet grunn til å drøfte adskillelse fra foreldrene. Det som kan sies sikkert om hvilken vekt adskillellesproblematikk er blitt tillagt i disse fire sakene, er at den ikke er blitt tillagt avgjørende vekt. Ved å se på hvordan fylkesnemnda ordlegger seg, kan man allikevel få et bilde av hvor stor vekt nemnda har tillagt følgene av en adskillelse.

⁷² Sak 4, 30, 31, 32, 35, 43, 52, 66, 68 og 87

I sak 30, som gjaldt en gutt på 11 år, skriver nemnda at det vil være en ”stor belastning” for gutten å måtte flytte i fosterhjem og der skulle nærme seg nye omsorgspersoner. Fylkesnemnda viser også til at det hadde tatt tid for gutten å åpne seg for faren i beredskapshjemmet, og moren opplevet at han holdt seg tilbake. På bakgrunn av det fant fylkesnemnda grunn til bekymring for hvordan han ville finne seg til rette i et fosterhjem.

I sak 43, som gjaldt en gutt på ca. ett år, skriver fylkesnemnda at et skifte av omsorgsbasis vil innebære en risiko for gutten. I sak 32 er tilknytningen til moren nevnt som et moment. Men det er nevnt indirekte, ved at fylkesnemnda viser til at jenta, som er 15 år, ønsker å få flytte hjem og er redd for at hun ikke vil kunne opprettholde god kontakt med moren og søsteren dersom hun fosterhjems plasseres. Fylkesnemnda skriver så at det ut fra jentas alder må legges vekt på hennes ønsker. Det kan se ut som om det sterkeste momentet for fylkesnemnda her er jentas formening om at hun ikke vil kunne opprettholde en god kontakt med moren og søsteren, heller at det faktisk vil være et problem at hun ikke vil kunne opprettholde god kontakt.

Selv om fylkesnemnda i de fire sakene skriver at grunnvilkårene i § 4-12 første og annet ledd ikke var til stede, blandes vilkårene for omsorgsovertagelse i to av sakene, sak 30 og 31, delvis sammen, slik at det som er en konklusjon om at grunnvilkårene ikke er til stede, også inneholder en barnets beste-drøftelse. I sak 30 skriver fylkesnemnda:

”Fylkesnemnda har etter en helhetsvurdering kommet fram til at gutten kan få et forsvarlig omsorgstilbud dersom han blir boende hos mor. Dette følger av en avveining av barnets beste; det vil i seg selv være en stor belastning for gutten å måtte flytte i fosterhjem og der skulle nærme seg nye omsorgspersoner”.

Hvorvidt barnet kan få et forsvarlig omsorgstilbud, er skjønnsstema etter barnevernloven § 4-12 første og annet ledd og er et annet spørsmål enn hvorvidt omsorgsovertagelse er til barnets beste. Lovanvendelsen er derfor ikke korrekt i denne saken. Det er derimot ikke noe som tyder på at den noe uklare lovanvendelsen har hatt innvirkning på resultatet.

I sak 31, som gjaldt en jente på ett år, hadde foreldrene vært rusmisbrukere. Fylkesnemnda

delte ikke barnevernets pessimistiske syn på rehabilitering og kom til at grunnvilkåret for omsorgsovertagelse i § 4-12 første ledd ikke var til stede. Fylkesnemnda formulerte det som avgjørende hvorvidt foreldrene ville lykkes i sin rehabilitering.

Fylkesnemnda skriver at det allikevel kan være grunn til å stille spørsmålet om ikke foreldrene i tiden fremover ikke bør bruke alle sine krefter på rehabilitering, slik at jenta for en tid bør overlates til andre. Det kan tenkes at det på lengre sikt er til hennes fordel at foreldrene sikrer seg mot tilbakefall.

Etter fylkesnemndas vurdering var svaret på det spørsmålet nei. Risikoen måtte settes opp mot jentas behov for å beholde tilknytningen til sin far; jenta var i en viktig periode i livet når det gjaldt tilknytning, og det hun erfarte da, skulle skape fundamentet for hennes videre utvikling i livet.

Selv om fylkesnemnda begrunner å ikke vedta omsorgsovertagelse i denne saken med at grunnvilkåret ikke var til stede, ser vi at nemnda foretar en barnets beste-drøftelse for å besvare spørsmålet om det kan være til jentas beste at omsorgen overtas.

Disse to sakene illustrerer det som er uttalt i saken i Rt. 1982 s. 764 (omtalt i kapittel 2.2), at de kumulative vilkårene for omsorgsovertagelse rommer skjønnstemaer som i noen grad glir over i hverandre.

I sak 43, som gjaldt en gutt på ca. ett år, kom fylkesnemnda til at gutten kunne gis en forsvarlig omsorg ved hjelp av hjelpetiltak. Etter å ha konstatert det, skriver fylkesnemnda at ”Det skal også foretas en vurdering av barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1”. At det *skal* foretas en drøfting foretas en drøfting av barnets beste, er ikke riktig; når fylkesnemnda kommer til at barnet kan gis en forsvarlig omsorg ved hjelpetiltak, kan nemnda velge å ikke behandle barnets beste som vilkår for omsorgsovertagelse.

Jeg ser så på hvilken relativ vekt fylkesnemnda har tillagt konsekvensene av adskillelse fra foreldrene i de fem sakene hvor fylkesnemnda vedtok omsorgsovertagelse.

I sak 52 legger fylkesnemnda liten vekt på konsekvensene av en adskillelse. Det som nevnes,

som kan sies å ha noen tilknytning til temaet adskillelse, er at jenta på 13 år har vist at hun kan tilpasse seg en ny og bedre omsorgssituasjon og dra nytte av den. Her kommer fylkesnemnda etter en konkret vurdering til at risikoen ved miljøskifte er mindre i denne saker enn i saker generelt, og konsekvensene av adskillelse har derfor mindre vekt enn i andre omsorgssaker.

Sak 35 skiller seg ut fra de andre sakene ved at det som kan tolkes som en drøfting av adskillelse fra foreldrene, er nevnt under drøftelsen av hvorvidt grunnvilkårene for omsorgsovertagelse, ikke under barnets beste-drøftelsen.

Fylkesnemnda skriver kortfattet om guttens tilknytning til moren: ”Mor og Gutt A har fortalt at Gutt A er svært knyttet til moren. Nemnda betviler for så vidt ikke dette.” Fylkesnemnda går så over til å drøfte mangler ved omsorgen for gutten: ”Nemnda finner det noe underlig at mor ikke i større grad ser – og tar tak i det forhold – at Gutt A er en gutt som har et stort behov for hjelp til å gjøre seg klar til en ny dag, få i seg mat før han forlater hjemmet om morgen, samt hjelp til å finne frem klær som er tilpasset vær og dagens gjøremål.”

I sak 4, 66 og 68 nevner fylkesnemnda under barnets beste-drøftelsen at flyttingen vil være en belastning for barnet. I sak 4, som gjaldt en jente på 6 ½ år skriver nemnda at den legger til grunn at en omsorgsovertagelse medfører at jenta må flytte til et nytt fosterhjem, og at flytting generelt vil utgjøre en risiko for barn. Nemnda kommer allikevel til at omsorgsovertagelse er til barnets beste. I de to andre sakene uttrykker fylkesnemnda seg noe annerledes, men formuleringene gir inntrykk av at en adskillelse blir betraktet som noenlunde like alvorlig i de tre sakene.

Sak 87 er den eneste av de 10 sakene hvor fylkesnemnda ikke kom til at grunnvilkårene for omsorgsovertagelse i § 4-12 første og annet ledd ikke var oppfylt, men hvor omsorgen allikevel ikke ble overtatt. Fylkesnemnda fant ikke grunn til å ta stilling til om Av de 91 sakene var dette den eneste hvor det var en eksplisitt drøftelse av barnets beste som ble avgjørende.

I denne saken tok ikke fylkesnemnda stilling til hvorvidt grunnvilkåret i § 4-12 første ledd var til stede, da nemnda kom til at en omsorgsovertagelse uansett ikke ville være til barnets beste. Nemnda skriver:

”Ved vurderingen legger fylkesnemnda vekt på at Jente har bodd sammen med moren sin hele sitt liv, det vil si snart 16 ½ år, og at det har utviklet seg et tett og nært forhold mellom dem. En flytting til et nytt hjem, vil være en stor belastning for henne. Det vil trolig føre til sorg og savn både på grunn av tapet av mor, men også fordi hun vil bli skilt fra lillesøsteren. Jente har videre et nært forhold til mors foreldre i Å. Det vil også være et tap om kontakten med dem må reduseres.”

Nemnda legger også vekt på andre forhold under barnets beste-drøftelsen, som f.eks. jentas mening, at plasseringen på grunn av jentas alder vil være kortvarig, og at utsikten til at fosterhjemsplassering skal kunne bidra til hennes utvikling svekkes av den grunn. At fylkesnemnda legger stor vekt på konsekvensene av adskillelse, kommer allikevel frem av at det siste fylkesnemnda skriver før konklusjonen, at begjæringen om omsorgsovertagelse ikke tas til følge, er: ”Nemnda vurderer at risikoen forbundet med en flytting i fosterhjem nå, mot Jentes vilje, vil være større enn risikoen ved å bli boende hos mor. Når gevinsten av omsorgsovertakelse er så usikker, mener fylkesnemnda det ikke vil være forsvarlig eller til Jentes beste å treffe avgjørelse om omsorgsovertakelse.”

4.3.3 Faktorer som påvirker hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene har.

I kapittel 3.4 og 3.5.1 skrev jeg om enkelte faktorer, bl.a. barnets alder, som er med på å avgjøre hvor stor betydning konsekvensene av adskillelse blir. Her vil jeg se på hvorvidt fylkesnemnda har tatt noen av disse faktorene i betraktning mht. hvor stor vekt det skal legges på konsekvensene av adskillelse

Aldersmessig fordelte de 8 sakene hvor fylkesnemnda drøftet adskillelse fra foreldrene seg som følger.

Aldersgruppe	Saker
0-4 år	31 og 43
4-9 år	4, 66 og 68
9-17 år	30, 32, 35, 52 og 87

Aldersfordelingen kan også illustreres ved å sette barnets alder i stigende rekkefølge, hvor det

skal bemerkes at sak 68 gjaldt to barn:

0-4 år	1 år, 1 år
4-9 år	4 år, 6 år, 6 år, 7 år
9-17 år	11 år, 13 år, 13 år, 15 år, 16 år

I to saker viste fylkesnemnda eksplisitt til barnets alder. Det var sak 31 og 43, de to av de 10 sakene hvor barnet var under 4 år. Barnet i sak 31 var ett år gammel jente, og fylkesnemnda uttalte om barnets beste-vurderingen: ” Risikoen [For at foreldrene skal sprekke i sin rusfrihet] må settes opp mot hennes behov for å beholde den tilknytningen hun har til sin far. Jente 1 er i en viktig periode av livet når det gjelder tilknytning. Det hun erfarer nå skal skape fundamentet for hennes utvikling videre. Det krever gode grunner å bryte den tilknytningen hun har fått, på dette stadiet av hennes utvikling”.

I sak 43 nevnte fylkesnemnda at gutten på ett år var i en alder hvor han ikke hadde forutsetninger for å forstå en flytting, og at en endring av omsorgsbasen derfor ville innebære en risiko.

I de to sakene hvor fylkesnemnda viste eksplisitt til barnets alder, var barna i den yngste aldersgruppen. Det totale bildet viser allikevel at konsekvensene av adskillelse ble drøftet hyppigere i de to andre aldersgruppene, spesielt den eldste. Det er motsatt av hva man skulle forvente ut fra det som er sagt om barnets alder og adskillelse i teori, rettspraksis og forarbeider, jf. kapittel 3.4.2. Ti saker er lite å trekke konklusjoner av. Dessuten er det stor forskjell på hvor stor vekt fylkesnemnda har lagt på konsekvensene av adskillelse i de ulike sakene.

Derimot kan fylkesnemndas drøftelse gi en delvis forklaring på hvorfor det er i sakene med barn i den høyeste aldersgruppen vi finner flest eksempler på at fylkesnemnda har drøftet konsekvensene av adskillelse. I sak 32 skriver fylkesnemnda:

”Flertallet mener også at det vil være til jentes beste at det ikke vedtas omsorgsovertagelse. Det vises til at hun ønsker å flytte hjem og at hun er redd for at hun ikke vil kunne

opprettholde god kontakt med sin mor og sin søster dersom hun skal fosterhjems plasseres. Ut fra Jentes alder må det legges vekt på hennes ønsker, jf barnevernloven § 6-3.”

Her viser fylkesnemnda til risikoen for at jenta ikke vil kunne opprettholde god kontakt med sin mor og søster. Men det gjøres på en indirekte måte, ved at fylkesnemnda viser til jentas egen bekymring. Fylkesnemnda viser så til at det ut fra barnets alder må legges vekt på hennes ønsker, jf. barnevernloven § 6-3. En vektlegging av barnets mening kan paradoksalt nok innebære at negative konsekvenser av adskillelse i størst grad blir drøftet og vektlagt for de eldste barna, til tross for at konsekvensene generelt er større for de mindre barna, jf. kapittel 4.3.2.

I tre saker sak, sak 30, 52 og 66, omtaler fylkesnemnda betydningen av andre egenskaper ved barnet med tanke på hvor alvorlig en adskillelse kan fortone seg. I sak 66 nevnte fylkesnemnda at gutten ved omsorgsovertagelse ville bli påført nok et relasjonsbrudd.

I sak 30 hadde gutten på 11 ½ år bodd en tid i beredskapshjem. Det hadde tatt tid for gutten å åpne seg for beredskapsfar, og beredskapsmor opplevet at han fortsatt holdt seg tilbake. Fylkesnemnda fant grunn til bekymring med tanke på hvordan gutten ville finne seg til rette i et fosterhjem. Han hadde vært positiv i møte med fosterhjemmet, men nemnda fant det mer som et utslag av guttens evne til å tilpasse seg enn et tegn på at han ville åpne seg og trives i fosterhjemmet.

I sak 52 trakk fylkesnemnda motsatt konklusjon. Her ble det vist til at jenta hadde klart å tilpasse seg og dra nytte av en ny og bedre omsorgssituasjon.

I kapittel 3.5.2 så jeg på hvorvidt muligheten for å plassere barnet hos barnets slektninger eller i familiens nettverk har betydning for hvorvidt en omsorgsovertagelse vil være til barnets beste. I én sak, sak 26, la fylkesnemnda vekt på at barna ved en omsorgsovertagelse ville bli plassert hos faren.

9.4 Sammenstilling av foreldrenes anførsler og fylkesnemndas drøftelse

Ved å se på både hvorvidt konsekvensene av adskillelse er nevnt i foreldrenes anførsler, og

hvorvidt de er tatt med i fylkesnemndas drøftelse, får vi tabellen øverst på neste side. De 15 sakene hvor foreldrene samtykket i omsorgsovertagelse, er ikke med i tabellen.

Adskillelse ikke med i fylkesnemndas drøftelse	Adskillelse med i fylkesnemndas drøftelse	
48	7	Adskillelse ikke med i foreldrenes anførsler
20	3	Adskillelse med i foreldrenes anførsler

Tabellen viser at konsekvensene av adskillelse langt oftere er nevnt i foreldrenes anførsler (23 saker) enn i fylkesnemndas drøftelse (23 saker). Videre er andelen saker hvor fylkesnemnda har drøftet konsekvensene av adskillelse praktisk talt den samme i de tilfellene hvor adskillelse er med i foreldrenes anførsler (13 %) som i de tilfellene hvor adskillelse ikke er med i foreldrenes anførsler (12,7 %).

En forskjell mellom foreldrenes anførsler og fylkesnemndas drøftelse er at et par av anførslene nevner forskning eller generell erfaring på en mere eksplisitt måte enn i fylkesnemndas drøftelse. I sak 84 anfører moren: ”Det er ikke risikofritt å bli plassert i et fosterhjem. Svært mange fosterhjem bryter sammen slik at barna må flyttes igjen. Det er i følge en svensk undersøkelse 60 % sjanse for brudd i form av skilsmisse mellom fosterforeldrene eller oppsigelse av fosterhjemskontrakten.”, mens det i sak 47 anføres at suksessraten ved fosterhjemsplassing er ”ikke allverdens”.

10 Oppsummering og vurdering

I oppgaven har jeg sett på hvilken betydning konsekvensene av adskillelse fra foreldrene har for barnets beste-vurderingen i omsorgssaker etter barnevernloven § 4-12. Det jeg fant i Høyesteretts praksis og i forarbeidene, viste at rettskildene gir uttrykk for meget ulike syn på hvor stor betydning adskillelse fra barnets omsorgspersoner har. Det er i all hovedsak

forarbeidene til endringslov 63/2013, og spesielt NOU 2012: 5 som skiller seg ut fra de øvrige rettskildene. Som forarbeider til en endringslov som er blitt til etter at lovgiver har satt ned et utvalg med det mandat å utrede hvorvidt det biologiske prinsipp har hatt for stor vekt i omsorgssaker, vil disse forarbeidene gå foran tidligere forarbeider og rettspraksis.

Mens tidligere forarbeider har betont negative virkninger av adskillelse forholdsvis sterkt, kom Raundalen-utvalget frem til at foreliggende psykologisk fagkunnskap ikke gav grunnlag for hverken å bekrefte eller avkrefte at det er forskningsmessig grunnlag for det biologiske prinsipp.

Først og fremst er spørsmålet om hvor stor betydning en adskillelse fra foreldrene har for barnet, et spørsmål som dreier seg om faktiske forhold. Når de som utarbeidet forarbeidene til barnevernloven av 1992, gav uttrykk for et annet syn på hvor stor betydning adskillelse fra foreldrene hadde, enn Raundalen-utvalget, er dette uttrykk for et annet syn på hva psykologisk fagkunnskap og forskning faktisk kan si oss. Det innebærer at ett av synspunktene nødvendigvis må ligge nærmere sannheten enn det andre.

Det innebærer videre at enten har det biologiske prinsipp blitt vektlagt for sterkt frem til ikrafttreddelsen av endringslov 63/2013, eller så åpner forarbeidene til endringsloven for en omfattende bruk av omsorgsovertagelser. Det er selvfølgelig teoretisk mulig at hverken forarbeidene til vedtagelsen av barnevernloven i 1992 eller til endringslov 63/2013 treffer riktig mht. hvor stor vekt det er psykologifaglig grunnlag for å gi det biologiske prinsipp. Sannheten kan f.eks. tenkes å ligge et sted imellom.

Det ovenfor uttalte må presiseres noe. Konsekvensene av adskillelse er ikke en fast størrelse, men noe som varierer fra sak til sak. Det er imidlertid vise faktorer som generelt har betydning for hvor alvorlige konsekvenser en flytting av barnet kan få. Flere av disse faktorene er omtalt i barnevernrettslig teori og i rettspraksis og forarbeidene. En viktig faktor er barnets alder. I Høyesteretts praksis påpekes det at en adskillelse fra barnets omsorgspersoner kan bli traumatisk spesielt for de minste barna. I Høyesteretts praksis i saker om tilbakeføring etter § 4-21 ser vi at det vurderes hvor robust eller sårbart barnet er, som en del av vurderingen av hvorvidt en tilbakeføring til foreldrene med den adskillelsen fra fosterfamilien det medfører, kan føre til alvorlige problemer for barnet.

Etter å ha gjennomgått 91 fylkesnemndsvedtak fant jeg at fylkesnemnda i liten grad drøftet negative konsekvenser av adskillelse fra foreldrene. I 10 av fylkesnemndsvedtakene var ulemper ved å flytte barnet fra foreldrene drøftet og gitt større eller mindre vekt. Det kan tyde på at fylkesnemndene har et syn på det biologiske prinsipp og dets vekt og begrunnelse som ligger nærmere det vi finner i NOU 2012: 5, enn det vi finner i f.eks. forarbeidene til barnevernloven av 1992.

Blant de sakene hvor fylkesnemnda drøftet konsekvenser av adskillelse, viste det seg at fylkesnemnda var bevisst på betydningen av barnets alder i de sakene hvor barna var i den yngste aldersgruppen (to saker hvor barnet var ca. ett år). Her drøftet fylkesnemnda risikoen ved flytting av barn i så ung alder. Samtidig viste det seg at stikk i strid med det man skulle forvente, ble konsekvensene av adskillelse hyppigst drøftet for barn i den eldste aldersgruppen, barn 9-17 år. Drøftelsen i en av disse sakene antydte et forhold som i hvert fall delvis kan forklare dette. Det skal etter barnevernloven legges vekt på barnets mening i samsvar med barnets alder og modenhet. Det kan innebære at når barn som ønsker å bli hos foreldrene, viser til ulemper ved å miste kontakten med familien, vil det kunne bli tillagt størst vekt i sakene med de største barna. Dette til tross for at det er hos disse barna de negative konsekvensene av adskillelse generelt er minst.

En drøfting av negative konsekvenser av en omsorgsovertagelse hører inn under barnets beste-drøftelsen. Da jeg gjennomgikk barnets beste-drøftelsen i de 91 sakene, viste det seg at det i 39 av sakene, 42,9 %, ikke var noen drøftelse av barnets beste. I ytterligere 6 saker bestod fylkesnemndas begrunnelse for at en omsorgsovertagelse var til barnets beste, i en påpekning av manglene ved den omsorgen barnet fikk hos foreldrene.

Det viste seg også at barnets beste som vilkår for omsorgsovertagelse var lite sentralt i fylkesnemndspraksis i den forstand at det var kun én sak av de 91 sakene hvor det var en vurdering av barnets beste som var avgjørende for resultatet. I alle de andre sakene tok enten fylkesnemnda begjæringen om omsorgsovertagelse til følge, eller så kom nemnda til at vilkårene i § 4-12 ikke var til stede. Nemnda fant i de sistnevnte tilfellene at det ikke var alvorlige mangler ved omsorgen for barnet, eller at barnet kunne gis en tilfredsstillende omsorg ved hjelp av hjelpetiltak.

Det kan imidlertid bemerkes at i et par av sakene ble en barnets beste-drøftelse i større eller mindre grad blandet inn i drøftelsen av hvorvidt vilkårene for omsorgsovertagelse i § 4-12 var til stede.

Det er uheldig at drøftelsen av barnets beste er summarisk og i beste fall består av en konklusjon, i en så stor andel av sakene. Som ett av tre vilkår for et tiltak som er svært inngripende, men som kan være nødvendig, bør barnets beste synliggjøres i fylkesnemnda ved at det begrunnes hvorfor fylkesnemnda finner ulempene ved en omsorgsovertagelse mindre enn fordelene. Hvor omfattende en slik drøftelse bør være, vil selvfølgelig variere etter hva som taler for og mot omsorgsovertagelse i den enkelte sak. Noen av sakene i utvalget viser at en barnets beste-drøftelse ikke alltid behøver å gå inn på, eller først og fremst gå inn på, ulempene ved en omsorgsovertagelse. I seks saker⁷³ ble det vist til trivsel og/eller positiv utvikling etter at barna kom i fosterhjem eller beredskapshjem.

⁷³ Sak 51, 52, 53, 79, 83 og 85

11 **Registre**

11.1 **Litteraturregister**

11.1.1 **Bøker**

- Andenæs, Mads Henry (2009): *Rettskildelære*, Oslo, 07 Gruppen AS
- Bendiksen, Lena R. L. (2008): *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer - foreldreansvar og adopsjon*, Bergen, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS
- Fleischer, Carl August (1998): *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo, Ad Notam Gyldendal
- Graver, Hans Petter (2007): *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget
- Hagstrøm, Viggo (2011): *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget.
- Haugli, Trude (2000): *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget
- Kvilhaug, Sverre (2005): *Atskillelse barn og foreldre*, Isdalstø, Cita Forlag
- Lindboe, Knut (2012): *Barnevernrett*, 6. utg., Oslo, Universitetsforlaget AS
- Mathisen, Thomas (2005): *Retten i samfunnet*, 2. utg., Oslo, Pax forlag A/S.
- Ofstad, Kari og Skar, Randi (2009), *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utg., Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS.
- Oppedal, Mons (2008): *Akutthjemlene i barnevernloven*, Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS
- Rawls, John (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts. Oxford University Press.
- Sandberg, Kirsten (2003): *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo, Gyldendal Norsk Forlag AS
- Sandberg, Kirsten (red.), Høstmælingen, Njål og Kjørholt, Elin Saga (2008): *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*, Oslo, Universitetsforlaget
- Vinnerljung, Bo (1996): *Fosterbarn som vuxna*, Lund, Arkiv Förlag

11.1.2 **Tidsskriftsartikler**

- Odd Arne Tjersland: *Psykologene i rettsvesenets tjeneste – dilemmaer, begrensninger og muligheter*. Tidsskrift for norsk psykologforening 1995, side 1024-1031

11.1.3 **Dokumenter fra internett**

- Fødeselstall i Norge. Statistisk sentralbyrå. <www.ssb.no/fodte>
- Omtale av Gunn Astrid Baugeruds doktoravhandling om hukommelse og stressreaksjoner hos

barn utsatt for omsorgssvikt og plassert bort av barnevernet.
<<http://www.forskning.no/artikler/2012/mai/321478>>

11.2 Lovgivning

11.2.1 Konvensjoner

Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)

11.2.2 Lover

1953	Lov om barnevern (barnevernloven - opphevet) av 17. juli 1953 nr. 14.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
1981	Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7
1992	Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.
2010	Lov om endringer i barnevernloven og adopsjonsloven av 4. juni 2010 nr. 18
2013	Lov om endringer i barnevernloven av 21. juni 2013 nr. 63

11.2.3 Forskrifter

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Forskrift om fosterhjem av 18. desember 2003 nr. 1659.

11.3 Offentlige dokumenter

11.3.1 Lovforarbeider

Innstilling fra barnevernkomiteen I (1951). Lov om barnevern (av 1953)

Ot.prp. nr. 56 (1952) Lov om barnevern (av 1953)

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv, Oslo 1985

Ot.prp. nr. 44 (1991–92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Innst. O. nr. 80 (1991–92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp. nr. 104 (1992–93) Om lov om endringer i lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100

Innst. O. nr. 126 (1992–93) Om lov om endringer i lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100

Innst. O. nr. 51 (1998–99) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr. 45 (2002–03) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 64 (2004–05) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven

Ot.prp. nr. 103 (2004–05) Om lov om endringer i barnelova mv.

Ot.prp. nr. 76 (2005–06) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv.

NOU 2008: 9 Lov om barn og foreldre (barneloven)

Ot.prp. nr. 69 (2008–09) Om lov om endringer i barnevernloven

NOU 2012: 5 Lov om endringer i barnevernloven 21. juni 2013 nr. 63

Prop. 106 L (2012–13) Om lov om endringer i barnevernloven 21. juni 2013 nr. 63

11.3.2 Andre offentlige dokumenter

Rundskriv Q-1072B - Retningslinjer av 15. juli 2004 til lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Rundskriv Q-0982 - Retningslinjer om hjelpetiltak, retningslinjer av 10. desember 1998 til lov om barneverntjenester (barnevernloven)

11.4 Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

A mot Storbritannia (1998)

11.5 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1982 s. 764

Rt. 1982 s. 1637

Rt. 1984 s. 77
Rt. 1984 s. 289
Rt. 1985 s. 344
Rt. 1986 s. 1189
Rt. 1987 s. 289
Rt. 1987 s. 578
Rt. 1989 s. 320
Rt. 1990 s. 239
Rt. 1991 s. 557
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1991 s. 1090
Rt. 1991 s. 1355
Rt. 1992 s. 242
Rt. 1993 s. 843
Rt. 1994 s. 805
Rt. 1994 s. 1105
Rt. 1995 s. 330
Rt. 1995 s. 350
Rt. 1995 s. 447
Rt. 1995 s. 479
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1997 s. 170
Rt. 1997 s. 1152
Rt. 1998 s. 787
Rt. 1998 s. 1702
Rt. 1999 s. 843
Rt. 1999 s. 1883
Rt. 1999 s. 1883
Rt. 2000 s. 996
Rt. 2001 s. 14
Rt. 2002 s. 327
Rt. 2002 s. 875
Rt. 2002 s. 908

Rt. 2003 s. 1319
Rt. 2004 s. 999
Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2005 s. 624
Rt. 2006 s. 1308
Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2007 s. 561
Rt. 2011 s. 377
Rt. 2012 s. 1832

11.6 Fylkesnemndsvedtak

11.6.1 Fylkesnemndsvedtak brukt i undersøkelsen, i kronologisk rekkefølge

FNV-2011-230-ADG/FNV-2011-231-ADG/FNV-2011-269-ADG

FNV-2011-440-HSF

FNV-2011-207-MRO

FNV-2011-262-OPP

FNV-2011-338-HSF

FNV-2011-445-HSF

FNV-2011-268-TRL/FNV-2011-375-TRL

FNV-2011-488-HSF

FNV-2011-749-OSL /FNV-2012-75-OSL

FNV-2011-278-TRO/FNV 2012-20-TRO (sak 10)

FNV-2011-134-TEL

FNV-2011-325-OPP

FNV-2012-9-OST

FNV-2012-74-OSL

FNV-2011-325-OPP

FNV-2012-35-HSF

FNV-2012-524-HSF

FNV-2011-281-AGD

FNV-2012-816-OSL

FNV-2012-242-MRO (sak 20)

FNV-2012-31-NOR
FNV-2012-28-MRO / FNV-2012-35-MRO
FNV-2012-78-TRL
FNV-2012-13-TRO
FNV-2012-75-OST
FNV-2012-28-OSL
FNV-2012-71-HSF
FNV-2012-44-OSL
FNV-2012-75-TRO
FNV-2012-43-MRO (sak 30)
FNV-2012-144-AGD
FNV-2012-64-NOR
FNV-2012-171-TRO
FNV-2012-120-AGD
FNV-2012-85-TEL
FNV-2012-169-OST
FNV-2012-142-TRO
FNV-2012-229-HSF
FNV-2012-229-HSF
FNV-2012-48-TRL (sak 40)
FNV-2012-184-TRO
FNV-2012-146-AGD
FNV-2012-114-NOR
FNV-2012-270-OSL
FNV-2012-179-HSF
FNV-2012-98-TRL
FNV-2012-160-ROG
FNV-2012-64-OPP
FNV-2012-11-AGD
FNV-2012-136-TRL (sak 50)
FNV-2012-365-OSL
FNV-2012-241-HSF
FNV-2012-329-OSL

FNV-2012-242-OPP
FNV-2012-514-OSL
FNV-2012-245-ROG
FNV-2012-172-TRO
FNV-2012-284-HSF
FNV-2012-314-HSF
FNV-2012-321-TRL (sak 60)
FNV-2012-204-TRO
FNV-2012-163-BUS
FNV-2012-219-OPP
FNV-2013-323-OPP
FNV-2012-281-TRL
FNV-2012-296-AGD
FNV-2013-271-TRO
FNV-2013-390-TRL
FNV-2013-37-OPP
FNV-2013-469-ROG (sak 70)
FNV-2013-308-OPP
FNV-2013-60-TRO/FNV-2013-61-TRO
FNV-2013-33-OST/FNV-2013-59-OST
FNV-2013-292-OPP
FNV-2013-102-OPP
FNV-2013-22-OST
FNV-2012-304-AGD/FNV-2013-2-AGD
FNV-2013-50-AGD
FNV-2013-13-OPP
FNV-2013-101-AGD (sak 80)
FNV-2013-57-TRO
FNV-2013-122-OST
FNV-2013-90-TRL
FNV-2013-88-OST
FNV-2013-210-TRL
FNV-2013-109-AGD

FNV-2013-179-OPP

FNV-2013-188-TRL

FNV-2013-148-TRO

FNV-2013-134-OPP (sak 90)

FNV-2013-228-AGD

11.6.2 Andre tilhenviste fylkesnemndsvedtak

FNV-2012-116-TRO

FNV-2012-67-OPP

FNV-2012-490-HSF

FNV-2013-6-OPP

